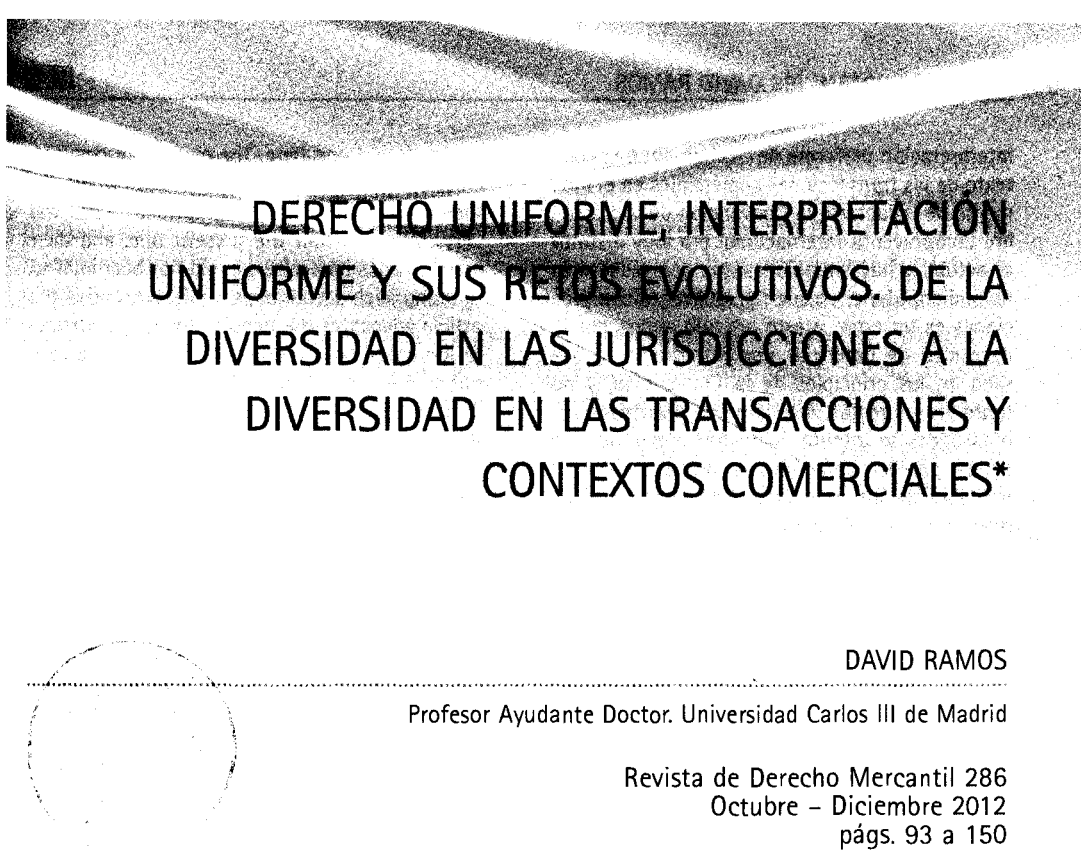


Este documento está publicado en:

Ramos Muñoz, David. (2012). Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos : de la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales. *Revista de derecho mercantil*, n. 286, oct.-dic. 2012, pp. 93-150



DERECHO UNIFORME, INTERPRETACIÓN UNIFORME Y SUS RETOS EVOLUTIVOS. DE LA DIVERSIDAD EN LAS JURISDICCIONES A LA DIVERSIDAD EN LAS TRANSACCIONES Y CONTEXTOS COMERCIALES*

DAVID RAMOS

Profesor Ayudante Doctor. Universidad Carlos III de Madrid

Revista de Derecho Mercantil 286
Octubre – Diciembre 2012
págs. 93 a 150

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN UNIFORME: PUNTOS DE RUPTURA, CULTURAS JURÍDICAS Y DIVERGENCIAS. 1. *Derecho e interpretación uniforme*. 2. *Los conceptos jurídicos indeterminados como puntos de ruptura*. 2.1. Problemas de formación del contrato. 2.2. Problemas de conformidad. 2.3. Problemas de responsabilidad, exoneración y cumplimiento. 2.4. Problemas de resolución contractual y daños y perjuicios. III. UNIFORMIDAD EN LA DIVERSIDAD. ESTRUCTURAS DE INTERCAMBIO, INTERPRETACIÓN, Y SUS APLICACIONES. 1. *Planteamiento. Estructuras de intercambio comercial y propuesta interpretativa*. A. Contexto comercial y estructuras de intercambio. B. La propuesta interpretativa «simbiótica» y las lagunas «voluntarias». 2. *Problemas de formación del contrato*. A. Procesos negociadores complejos. B. Irrevocabilidad de la oferta. C. Contratos con términos abiertos. 3. *Obligación de entrega y conformidad*. A. Conformidad física, jurídica y percepción de conformidad. B. Notificación de defectos. 4. *Derechos y acciones por incumplimiento*. A. Responsabilidad, cumplimiento y ajuste contractual. B. Resolución y daños y perjuicios. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El Derecho Uniforme de los contratos necesita ser interpretado de manera uniforme para cumplir su propósito. Hasta ahora, el análisis de la uniformidad se ha centrado en prevenir una interpretación anclada en la propia cultura jurídica (common law y civil law, principalmente). Sin dejar de lado este problema, el artículo plantea que los retos del principio de

ABSTRACT: Uniform Contract Law needs to be interpreted in a uniform manner to serve its purpose. Until now, the analysis of uniformity has focused on the need to prevent an interpretation rooted in non-uniform legal cultures (common law or civil law, primarily). Without brushing aside this issue, the article propounds that the challenges of the principle of uniform interpre-

* El trabajo fue recibido el 18 de septiembre de 2012 y aceptado para su publicación el 26 de octubre de 2012.

interpretación uniforme no acaban aquí. El contexto de las transacciones comerciales en el momento de redactarse la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional era muy distinto al actual, y hay situaciones que sus redactores no pudieron tener en cuenta. Ignorar tales situaciones es un error, y este artículo aboga por la necesidad de potenciar una interpretación basada en los principios de la Convención, y no tanto en sus reglas. A lo largo de diversos casos hipotéticos se intenta demostrar cómo, aunque pueda parecer paradójico a primera vista, el principio de interpretación uniforme puede en ocasiones requerir soluciones distintas. En esta flexibilidad y capacidad de adaptación de la Convención puede residir parte de su éxito como el Derecho de Contratos del S. XXI.

PALABRAS CLAVE: Contratos, internacional, comercial, uniforme, interpretación, casos, formación, revocación, notificación, defectos, percepción, franquicia, términos, abiertos, responsabilidad, cumplimiento específico, modificación, ajuste, imposibilidad, onerosidad, resolución, oportunista, daños.

tation do not end here. The context of commercial transactions at the moment when the Vienna Convention on International Sales was very different from the present one, and there are scenarios its drafters could not bear in mind. Ignoring such scenarios is a mistake, and in this article advocates the need to foster an interpretation based on the Convention's principles, and not so much its rules. Along the different hypothetical cases the article tries to show how, even if it may seem paradoxical at first sight, the principle of uniform interpretation can, sometimes, require different solutions. Upon such flexibility, and the Convention's ability to adjust may lie part of its success as the Contract Law of the XX1st Century.

KEYWORDS: Contracts, international, commercial, uniform, interpretation, cases, formation, revocation, notification, defects, perception, franchise, open, terms, responsibility, specific performance, modification, variation, impossibility, onerosity, avoidance, opportunistic, damages.

I. INTRODUCCIÓN

Los que se enamoran de la práctica sin la teoría son como los pilotos sin timón ni brújula, que nunca podrán saber a dónde van.

Leonardo da Vinci

La teoría es asesinada tarde o temprano por la experiencia.

Albert Einstein

La aparente contradicción de las dos citas anteriores, y, sin embargo, su necesaria coexistencia, refleja en buena medida el *leit motiv* del presente trabajo. El principio de interpretación uniforme en el denominado (valga la redundancia) Derecho uniforme, proporciona el campo de estudio. En el momento presente, la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, también CNUCCIM) ha superado las 32 primaveras, el debate sobre la viabilidad o relevancia del Derecho uniforme parece superado¹, y el esfuerzo intelectual puede centrarse en otros problemas, como su certeza y previsibilidad, su justicia y su coherencia.

1. Éste no es un trabajo que discuta el «dónde», «desde dónde» o «por qué» del Derecho Uniforme, pues hay ya excelentes estudios sobre ello, sino que asume que, a día de hoy, no es posible argumentar que el denominado «Derecho Uniforme» no es relevante sin un mínimo sonrojo. La Convención de Viena, su buque insignia, ha sido ratificada por 78 Estados, que representan más de las $\frac{3}{4}$ partes del comercio mundial (ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), y ha servido de base normativa para más de 2.500 decisiones jurisprudenciales (ver <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-cases-toc.html>). En España sólo hay más de 100 de-

Problemas generales que se ven todos reflejados en el debate más específico del principio de interpretación uniforme. ¿Por qué un análisis de esta cuestión, precisamente ahora? Porque, entendemos, la conceptualización tradicional sobre la interpretación y aplicación uniforme de la Convención han estado mediatizadas por la incertidumbre sobre su supervivencia, y la atomización en su aplicación. De ahí que el esquema dogmático haya estado siempre centrado en transmitir una idea principal: la necesidad de interpretar el mismo texto de la misma forma, con independencia del lugar, o tribunal, de que se trate.

Esta vocación de proselitismo teórico (muy necesaria, por otro lado²) ha llevado, quizás, a aparcar otras cuestiones, quizás menos urgentes, pero no menos importantes. Por ello, el presente trabajo trata de volver, pues, sobre el principio de interpretación uniforme, y poner de relieve su trascendencia en relación con otra serie de problemas.

El hilo conductor del presente trabajo lo constituyen una serie de «ejemplos» o «casos», que plantean situaciones verosímiles en el comercio internacional. A través de ellos se ilustran dos contextos donde el principio de interpretación uniforme debe resultar operativo. Primero, en la Sección II, se enfoca la interpretación uniforme desde el punto de vista «tradicional», del riesgo de «invasión» del Derecho uniforme por el Derecho nacional, y se pone de mani-

ciones que la han aplicado y la jurisprudencia de los países latinoamericanos experimenta un crecimiento acelerado (ver <http://www.uc3m.es/cisg>). Asimismo, otros textos, que toman como base la Convención, como los Principios de UNIDROIT (ver <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>) o los Principios del Derecho Europeo de Contratos (ver http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/), han adquirido una relevancia autónoma, que suma puntos al proceso de armonización sustantiva del Derecho Uniforme. Es innegable la influencia que los Principios del derecho Europeo de Contratos (y, por consiguiente, la Convención de Viena de 1980) han tenido en el Marco Común de Referencia (*Draft Common Framework of Reference*) que debería servir como trabajo preparatorio para un eventual «Código civil europeo» (ver http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33158_en.htm) si en Europa logramos mirar más allá de nuestras diferencias internas. De momento, textos menos ambiciosos como la Directiva 1999/44/CE sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (transpuesta en España por la Ley 23/2003, de 10 de julio) son también criaturas de la Convención, y del Derecho Uniforme. Si se expande el ángulo de análisis, y se abarcan más materias, se podrá comprobar cómo el Derecho Uniforme va, poco a poco y sin grandilocuentes gestos políticos, permeando materias como el arbitraje internacional, el comercio electrónico, o la cesión de créditos, que afectan el día a día, si no de los ciudadanos, sí de los empresarios. Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html.

2. Todas las jurisdicciones, sin excepción, conocen ejemplos poco gloriosos, donde las inercias interpretativas del juez nacional le han conducido a interpretar la Convención, u otros textos uniformes, en clave de Derecho nacional. En nuestro país, probablemente no hay que conocer mejor este tipo de jurisprudencia «impermeable» al Derecho uniforme, que el profesor Anselmo MARTÍNEZ CAÑELLAS. Ver, por ejemplo, su completísimo análisis en MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *La Interpretación y la Integración de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980* (Comares) Granada, 2004, 419 p., donde combina el mayor rigor académico con una muy saludable atención al detalle de los deslices jurisprudenciales, que amenizan la lectura.

fiesto que, a menudo, la amenaza no proviene de juzgadores ignorantes y malintencionados, sino de la combinación de (1) casos complejos, (2) conceptos jurídicos indeterminados en la regla de Derecho Uniforme aplicable al caso, y (3) divergencias en la forma en que los diferentes Derechos (o culturas jurídicas) solucionan casos semejantes; y que pueden traducirse en diferencias en la forma de entender las soluciones de la Convención.

Segundo, habiendo identificado las «fallas» o puntos de ruptura, la Sección III se centra en un problema distinto, como es el de la adaptabilidad de la Convención a los distintos tipos de transacciones que tienen lugar bajo el paraguas conceptual de la «compraventa internacional». En el presente trabajo se sostiene que el principio de interpretación uniforme debe, precisamente, respetar la diversidad de esquemas negociales, y permitir alcanzar soluciones distintas en contextos distintos. Esto puede resultar chocante a quien, como resultado de la defensa de las esencias de la Convención frente a intrusiones del Derecho doméstico, asocia instintivamente «uniformidad interpretativa» con «homogeneidad»; algo disculpable, pero, en nuestra opinión, inadecuado a la lógica de la Convención y a las necesidades del tráfico.

Y ello porque, como se trata de poner de manifiesto, la Convención (como toda norma) no es un texto «neutral» ni «científico», sino que refleja elecciones de política legislativa. Partiendo de esta premisa, el problema surge cuando la conformación que las partes hacen de su esquema transaccional y de intercambio no coincide con las premisas sobre las que trabaja el legislador uniforme, al menos no enteramente. Sobre esta base, se demuestra que la reacción instintiva basada en el efecto «derogatorio» o «excluyente» de la voluntad contractual es igualmente inadecuada; y, por ello, se propone un enfoque que combina la voluntad contractual con la aplicación de la norma por medio de sus principios; enfoque que denominamos «simbiótico». Esta perspectiva tiene la capacidad de proporcionar soluciones robustas a problemas concretos, que combinen la previsibilidad para las partes y la coherencia con la voluntad legislativa del legislador uniforme.

II. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN UNIFORME: PUNTOS DE RUPTURA, CULTURAS JURÍDICAS Y DIVERGENCIAS

1. DERECHO E INTERPRETACIÓN UNIFORME

Si, frente a alternativas como las normas de conflicto, el movimiento del Derecho Uniforme se plantea una agenda tan ambiciosa como la de arrojar certeza no sobre la norma aplicable a una transacción internacional, sino sobre el contenido mismo de esa norma, no basta con el (ya de por sí muy complejo) ejercicio de aprobar una Convención que reúna la aportación de todas las culturas jurídicas; ni siquiera con el apoyo generalizado al texto, mediante ratificación, de la comunidad internacional. La piedra de toque de esta empresa se encuentra en el principio de interpretación y aplicación uniforme, recogido en

el artículo 7 (1) de la CNUCCIM, y replicado en otros textos de Derecho Uniforme, y que dice así:

En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Generalmente, los textos breves suelen encerrar un mayor significado, y el precepto analizado no es una excepción. En este sentido, nos dice cuál es el primer objetivo de la Convención (aplicación uniforme), y cómo éste objetivo de política legislativa se transforma en un principio interpretativo³, el único contemplado de manera expresa en la Convención, y en su norma de cierre, o autodefensa frente a amenazas. ¿Amenazas, dónde? En la tendencia de los jueces nacionales a refugiarse en los conceptos de Derecho interno; y a buscar paralelismos entre la Convención y la norma nacional que les permitan poner el «piloto automático». ¿Autodefensa, cómo? Mediante un ejercicio en dos pasos: primero, asumir que el texto en cuestión es «internacional», y que, por ende, corresponde obviar las distinciones de Derecho interno⁴; segundo, entender que la Convención debe aplicarse de manera «uniforme», de modo que, ante la duda, es necesario recurrir a la «autointegración»; esto es, comprender, más allá de sus disposiciones específicas, la lógica interna de la norma uniforme y sus principios, para, de este modo, solucionar los casos difíciles, para los que las reglas específicas no proporcionan una solución concreta⁵. La autointegración debe ser la técnica preferida, no sólo para interpretar conceptos, sino también al rellenar lagunas, pues, como indica el artículo 7, en su apartado (2):

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Es decir, cuando el problema reside, meramente, en interpretar un

3. Y, en este sentido, ha sido calificado como uno de los mayores aciertos del texto vienés. Ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., «Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional (aplicaciones concretas en la parte ii de la convención)», *Cuadernos de Derecho y Comercio* (CdDyC) 1 6 (1995), nota 16 y texto correspondiente. Desde este punto de vista, el artículo 7 no sólo recoge un principio sustantivo, sino también un mandato a los tribunales, lo que también lo separa de las demás disposiciones de la Convención, que regulan el comportamiento de las partes contratantes.
4. BONNELL, M. J., «Article 7», en BLANCA; BONELL (eds.), *Commentary on the International Sales Law* [Giuffrè] Milan 1987 § 2.2.1, pg. 72-73; HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. Kluwer Law International 1999 §87, pgs. 88-89.
5. BONNELL, M. J., «Article 7», en BLANCA; BONNELL (eds.) *Commentary on the International Sales Law* § 2.3.1, pg. 75; HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales* § 97, pg. 104 y ss.

concepto («plazo razonable», «incumplimiento esencial», «impedimento», «confianza», etc.) el recurso al Derecho interno *no es ni siquiera una opción*; y, cuando exista una verdadera laguna, sólo a falta de «principios» interpretativos se debe recurrir al Derecho interno supletorio. ¿Han cumplido los tribunales este mandato? Con éxito desigual. No es éste el lugar para discutir esta cuestión en profundidad, pues el propósito es el de explicar los porqués, pero baste decir que, en cuanto a deslices interpretativos, la jurisdicción que esté libre de pecado, que tire la primera piedra⁶.

A la inversa, destaca la favorable evolución que ha experimentado la jurisprudencia⁷, que no sólo acoge con cada vez más entusiasmo la necesidad de interpretación uniforme, sino que comprende que ello pasa por el recurso a fuentes convencionales, como los trabajos preparatorios, y poco convencionales, como el Comentario de la Secretaría, o la jurisprudencia extranjera⁸.

6. Son ya «clásicos» el caso *Beijing Metals Import Export Corporation v. American Business Center, Inc.* U.S. 5th Circuit Court of Appeals de 15 junio (1993), donde el tribunal estadounidense se negó a admitir elementos externos al contrato como prueba de la voluntad de las partes, sobre la base de la *parol evidence rule*, a pesar del sentido claro del artículo 8 (3) CNUCCIM, o la tendencia de la jurisprudencia alemana, austriaca o suiza a interpretar el requisito del artículo 39 (1) CNUCCIM, que exige al comprador que notifique los defectos en un «plazo razonable» como un «plazo estricto», tal como lo hace su Derecho interno (ver el análisis en la CISG-AC Opinion no 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 June 2004. Rapporteur: Professor Eric E. Bergsten, Emeritus, Pace University School of Law, New York). En España esta tendencia no se ha manifestado de manera excesivamente notoria, ni ha tenido consecuencias drásticas, aunque destaca alguna sentencia del TS, que, al interpretar los requisitos para la formación del contrato en la Convención, hace referencia a la *causa* (ver STS 28 de enero de 2000).
7. Para una excelente sistematización de la evolución jurisprudencial en la acogida del principio de interpretación uniforme y su filosofía, y una valoración (en general, positiva) del camino seguido, ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., *Article 7*, en KRÖLL; MISTELIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary* Verlag/Hart Publishing, 2011 paras. 33-51, pgs. 125-134.
8. En el caso *Fliesen Kiessling v. Serenissima cir industrie ceramiche SPA*, decidido el 24 de abril de 2011, el Tribunale di Reggio Emilia utilizó referencias a jurisprudencia extranjera en materia de deber de examen de la mercancía, y plazo de notificación de falta de conformidad. En el caso decidido por el Foreign Trade Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce el 28 de enero de 2009, T-8/08 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1432>) se hace referencia a la jurisprudencia extranjera en materia de aplicación de la Convención a las entregas individuales bajo un contrato de distribución. En el caso *Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.R.L.* U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, 17 mayo 1999 se hace referencia al caso CLOUT 123, del Tribunal Supremo alemán, de 8 de marzo de 1995, sobre falta de conformidad (que, a día de hoy, se ha erigido como un precedente sólido a nivel internacional). La sentencia del Handelsgericht del Kanton de Aargau (Suiza), 5 noviembre 2002 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>) utiliza referencias a otras sentencias no sólo suizas, sino también alemanas, y a las obras de comentaristas alemanes para analizar el significado del derecho a subsanar del vendedor que entrega bienes no conformes. En nuestro país, el ejemplo paradigmático, donde se comprende la dinámica de la interpretación uniforme es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 7 junio 2003 (<http://www.uc3m.es/cisg/sespan39.htm>), donde se hace referen-

En la tarea ayudan los múltiples esfuerzos para hacer accesibles⁹, sistematizar¹⁰ y difundir¹¹ estas fuentes.

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO PUNTOS DE RUPTURA

En caso de dudas, el apartado anterior desea aclarar que es necesario interpretar e integrar las disposiciones de la Convención (y, por extensión, de otros textos semejantes) como normas internacionales y uniformes, lo que significa no utilizar el Derecho nacional ni sus principios como guía, y que, *sensu contrario*, deben identificarse los puntos de divergencia entre ambos.

El presente punto tiene como objetivo demostrar que este ejercicio, más allá de necesario, es relevante. Y ello por dos motivos. Primero, porque las diferencias de criterio y «filosofía» lo que hacen es manifestar diferentes enfoques a la hora de solucionar problemas concretos, problemas que se manifiestan de manera más clara en los casos «trascendentes», que son los que obligan a formular los principios, y, a partir de ellos, las reglas para su solución¹².

La complejidad de los equilibrios presentes en estas situaciones conduce a que la solución planteada en el texto uniforme deba incluir conceptos jurídicos indeterminados, para facilitar a los tribunales la valoración de las diferentes variables en cada caso concreto¹³. Y es en presencia de tales conceptos jurídicos

cia al Comentario de la Secretaría y varias sentencias extranjeras para resolver un problema de falta de conformidad y transmisión del riesgo.

9. Destacan los esfuerzos de la Secretaría de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL) en la recopilación del CLOUT (Case Law On UNCITRAL Texts) (ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html) del Instituto para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT) en su base de datos unilex (<http://www.unilex.info/>), o de la universidad de Pace, cuya base de datos, es la más completa en fuentes jurisprudenciales y doctrinales (<http://www.cisg.law.pace.edu/>). Ver, también, otras páginas como <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28>; <http://tldb.uni-koeln.de/>, y La jurisprudencia en castellano, junto con resúmenes y comentarios está accesible en <http://www.uc3m.es/cisg>.
10. Destaca principalmente, el trabajo del Consejo Asesor de la CNUCCIM (CISG Advisory Council, o CISG-AC), iniciativa privada consistente en reunir al grupo de los mayores expertos en la Convención para elaborar «Opiniones» que recogen el estado de una cuestión controvertida, atendiendo a su tratamiento por la jurisprudencia (judicial y arbitral) de los diferentes países. Ver <http://www.cisgac.com/>.
11. En este punto, destacan especialmente las competiciones internacionales de debate jurídico, formato «moot court», donde, sobre la base de problemas hipotéticos, que sirven de base para la redacción de escritos jurídicos y la defensa oral del caso, se forma y educa en los problemas, lógica y sistemática del Derecho Uniforme no sólo a los estudiantes que participan en ellas, sino a los profesionales que, para evaluar el trabajo de los primeros, deben primero superar sus reticencias hacia las normas con carácter «internacional» e interpretación «uniforme». Destacan el Willem C. Vis Moot de Viena (<http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>), en inglés, y el Moot Madrid (<http://www.mootmadrid.es/>) en castellano.
12. Frente a los casos «marginales» que testan una aplicación límite de un principio o regla, los casos trascendentes (*pivotal*) testan el principio o regla, en sí mismo. Ver DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously* Duckworth 1977, pg. 24 y ss.
13. Los supuestos donde la solución del Derecho Uniforme descansa sobre conceptos jurídicos indeterminados plantean los mayores riesgos para el principio de interpretación

indeterminados cuando la tentación de recurrir al terreno seguro de los parámetros del Derecho nacional, frente al salto sin red de elaborar sobre principios poco familiares, puede volverse irresistible. Por ello es importante conocer de antemano las «fallas» o líneas de ruptura de la Convención, para anticipar problemas. Sin ánimo de exhaustividad, se presentan aquí algunas, ordenadas en problemas de (2.1) formación, (2.2) conformidad, (2.3) responsabilidad, (2.4) cumplimiento y adaptación, (2.5) resolución.

2.1. Problemas de formación del contrato

Caso 1. Los «quesos malditos». Dos partes negocian un contrato para la compraventa de quesos. El comprador es un distribuidor que desea organizar la «semana del queso», con algunos productos nacionales, pero, principalmente, una sofisticada y amplia sección internacional. Dentro de ésta, y junto a los clásicos franceses o italianos, se incluye una sub-sección sobre «quesos del mundo», donde la partida de quesos adquirida del vendedor figurará en un lugar destacado por su calidad y exotismo. El vendedor envía a la otra una notificación en la que le indica las condiciones del contrato, y añade que el destinatario tiene «15 días para responder» y que, en caso contrario, «ni se moleste en hacerlo». Dos días después de la notificación sale a la luz un informe de la organización de consumidores nacional, que puntúa en el nivel más bajo los quesos procedentes del país del comprador, indicando que algunos pueden representar «un riesgo para la salud». El comprador se apresura a indicar que «no tiene interés en adquirir los quesos», a lo que el vendedor, dentro de los 15 días, responde que «ya ha realizado los preparativos», y que «procederá a la entrega en las condiciones indicadas».

Este caso ilustra el problema de la revocabilidad de la oferta. Una afirmación de este tipo podría interpretarse como una oferta irrevocable, una oferta sometida a caducidad, o ambas cosas. El artículo 16 de la CNUCCIM establece, por un lado, la revocabilidad de la oferta, como regla general¹⁴. Por otro, como excepción, la regla contraria cuando la oferta indique su irrevocabilidad *al señalar un plazo fijo para la aceptación, o de otro modo*¹⁵; y, también como excepción, la irrevocabilidad también en aquellos casos donde el destinatario ha actuado basándose razonablemente en la irrevocabilidad de dicha oferta (criterio de la *reliance*)¹⁶. Así, el precepto trata de conseguir un equilibrio casi imposible¹⁷ entre la postura del *common law*, donde la oferta es revocable en ausencia de *consideration*¹⁸, y la de los países germanos del *civil law*, donde la irrevocabilidad

uniforme. Ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., «Article 7», en KRÖLL; MISTELLIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention* para. 12, pg. 115.

14. El artículo 16 (1) CNUCCIM establece: *La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.*

15. Artículo 16 (2) (a) CNUCCIM.

16. Artículo 16 (2) (b) CNUCCIM.

17. Ver la síntesis realizada en Ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., *Una aproximación al artículo 7...* (CdDyC) 16 (1995) pgs. 55-88.

18. *Offord v. Davies*, 12 C.B. N.S.748 (1862).

es la regla general¹⁹, así como otros países, como España, donde la regla general parece ser la revocabilidad, pero con excepciones evaluadas caso por caso²⁰.

En este contexto, se sugirió la posibilidad de que, partiendo del entendimiento de las partes, se aplicase siempre la regla de la revocabilidad cuando ambas perteneciesen a la misma esfera jurídica²¹. Aunque esta postura debe ser claramente rechazada por ser contraria al principio de interpretación uniforme²², su sola existencia pone de manifiesto no sólo las tensiones pasadas, manifestadas en el proceso negociador que condujo al texto uniforme; sino, también, el riesgo para el principio de interpretación uniforme que supone la combinación de una regulación plagada de conceptos indeterminados («plazo fijo para la aceptación», «de otro modo», «el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable», «ha actuado (el destinatario) basándose en esa oferta») y varias tradiciones interpretativas nacionales de sentidos opuestos, o, al menos, diversos.

La fortuna de que, hasta el momento, la estadística jurisprudencial no haya respondido con números²³ a las (seguramente infladas) expectativas en cuanto al potencial de la controversia no debe llevarnos a excluir la relevancia de la cuestión.

Caso 2. «¿Cuántos pasteles y cuánto valen?». Una cadena de cafeterías y restaurantes que opera mediante franquicias determina los estándares de calidad de sus franquiciados. Entre otras cosas, establece que éstos deben adquirir sus productos de bollería y pastelería de una serie de proveedores pre-determinados, que han sido previamente aprobados por el franquiciador. El sistema es que el franquiciado indica la cantidad de producto que necesita, y el proveedor lo entrega. El precio no se indica en el contrato, y el proveedor lo calcula en cada ocasión sobre la base del precio de sus ingredientes, proceso productivo, costes de transporte, y volumen del pedido. Todo va bien hasta que llega una factura donde el coste por unidad sube un 30%, sin que el volumen contratado se

19. Sección 145 BGB

20. Comparar las SSTs de 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 3296) (revocabilidad) y de 7 de marzo de 1968 (RJ 1968, 1735) (irrevocabilidad en caso de fijación de plazo de aceptación).

21. FELTHAM, J. D., *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Journal of Business Law, (1981), pgs. 352 y ss.

22. En este sentido, ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., «Una aproximación al artículo 7...» (CdDyC) 1 6 (1995) § 3.1.1.b3).

23. El *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías UNCITRAL*, 2008, en su apartado relativo al artículo 16, recoge 3 decisiones. En una de ellas se cita, pero no aplica el precepto; en otra se cita como manifestación de que la prohibición del *venire contra factum proprium* (o *estoppel*) es un principio general de la CNUCCIM, pero el principio se aplica en el contexto de la notificación de falta de conformidad de las mercaderías. Sólo en una se analiza el precepto, y se compara con el Derecho interno (estadounidense) en la materia. Ver CLOUT N° 579 (Federal) Southern District Court of New York, Estados Unidos de América, 10 de mayo de 2002, Federal Supplement (2nd Series) 201, 236.

desvíe de lo habitual. Ante las preguntas del franquiciado, el proveedor contesta que el precio del cereal y el azúcar se ha disparado. El franquiciado sospecha, no obstante, que el vendedor atraviesa una situación financiera delicada, y está repercutiendo su mayor coste de financiación. El franquiciado disminuye de golpe sus pedidos en un 85%, y el proveedor sospecha que se está surtiendo de otros proveedores.

Este caso ilustra el problema de los contratos con precio y cuantía indeterminada. En la Convención de Viena, los contratos con precio abierto plantean, a su vez, una contradicción abierta entre los artículos 14 y 55. El primero exige que, para ser considerada como «oferta» una propuesta indique el precio²⁴. El segundo, por su parte, prevé que, cuando se *celebre válidamente* un contrato con precio abierto, éste se fijará con arreglo al precio generalmente cobrado en el momento de la conclusión²⁵. Esta indeterminación es reflejo, a su vez, de la tensión entre los países de *common law*, donde se admiten los contratos con precio abierto²⁶, y los países de *civil law*, donde se entiende que el precio es un elemento esencial de la oferta, y debe estar pre-determinado para que sea válida²⁷. La referencia al contrato «válidamente celebrado» ha dado lugar a diversas interpretaciones²⁸; si bien, en la actualidad, la práctica jurisprudencial parece ir admitiendo progresivamente los contratos con precio abierto²⁹.

24. El artículo 14 (1) CNUCCIM indica que: «La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». A su vez, indica que una propuesta «es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos».
25. El artículo 55 CNUCCIM establece que: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».
26. Ver, por ejemplo, Sección 2-305 Uniform Commercial Code.
27. Ver TALLON, D., «The Buyer's Obligations Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en GALSTON; SMIT (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984), pgs. 7-11 – 7-12.
28. Hay quienes defienden que la relativa a la «validez» es una referencia al Derecho interno de un país, y que, por tanto, el artículo 55 CNUCCIM se aplicaría a aquellos supuestos donde el Derecho interno admita los contratos con precio abierto, lo que convertiría la divergencia entre países de *civil law* y de *common law*, latente en el marco de la CNUCCIM, en abierta. Por otro, están quienes defienden que el artículo 14 ha sido concebido para aquellos supuestos donde el contrato se pueda concluir con precio abierto; esto es, cuando los Estados hayan realizado una reserva a la Parte IIª (Formación del Contrato) de la Convención. Por último, la opción que parece irse imponiendo, hay quienes entienden que (al margen de los supuestos donde la Parte II no se aplica) las partes pueden, sobre la base del artículo 6 CNUCCIM, excluir la disposición sobre oferta contractual; y, en tales casos, el artículo 55 CNUCCIM se aplicaría para determinar el precio. Para una excelente síntesis de las diversas opciones, vigente aun a día de hoy, ver PERALES VISCASILLAS, M. del P., *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pgs. 230 y ss.
29. Caso CLOUT N° 330 Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Suiza, 5 de diciembre de

Otro problema plantean los contratos con cantidad indeterminada, pues la cantidad, al igual que el precio, se indica en el artículo 14 (1) como uno de los elementos esenciales de la oferta, pero, a diferencia de él, no posee un artículo como el 55 que regule su determinación, y, de paso, demuestre la voluntad de la Convención de integrar este tipo de contratos en el Derecho Uniforme. La inserción de estos contratos dentro del marco de la CNUCCIM se vería apoyada por cierta jurisprudencia estadounidense, que ha admitido expresamente los *output contracts* y *requirement contracts*³⁰, pero también por algunos ejemplos de jurisprudencia de países civilistas que han admitido grados de indeterminación de la cantidad³¹; y por el examen de textos más actuales, como los principios UNIDROIT, que reconocen expresamente que el «contrato con términos "abiertos"» es un supuesto lo bastante extendido como para hacerse acreedor de una disposición separada³². Con todo, la presencia de este tipo de contratos en el tráfico hace deseable un pronunciamiento extendido sobre su admisibilidad, para evitar divergencias interpretativas entre distintas culturas jurídicas, que suponen un riesgo para el principio de uniformidad.

2.2. Problemas de conformidad

Caso 3. «¿De qué depende la conformidad de las conservas?». Dos partes concluyen un contrato para la compraventa de conservas, para ser revendidas a varios distribuidores del país del comprador y de un país vecino. Todo parece correcto, pero, al entrar éstas en el país del comprador, son retenidas en la aduana, y las autoridades se niegan a expedir el certificado necesario para su circulación y consumo. Su concentración de un componente químico es más elevada que el máximo permitido por la legislación fitosanitaria local, aunque es conforme al máximo permitido en el país del vendedor, y en el país vecino,

1995; Caso CLOUT N° 52 Fovárosi Biróság, Hungría, 24 de marzo de 1992; Caso CLOUT N° 155 Cour de Cassation, Francia, 4 de enero de 1995], con armación, y caso CLOUT N° 158 Cour d'appel, Paris, Francia, 22 de abril de 1992 cláusula que incluía un precio pero también la precisión de que dicho precio «se revisará en función de la baja experimentada por el mercado», sin especificar más; Laudo de la CCI N° 8324, 1995.

30. Caso CLOUT N° 579 (Federal) Southern District Court of New York, Estados Unidos de América, 10 de mayo de 2002. Sin embargo, en la decisión del Caso CLOUT N° 187 Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 23 de julio de 1997 (anterior) el tribunal consideró que un acuerdo de distribución en el que se especificaron algunos términos y se obligaba al comprador a pedir una cantidad determinada no era lo bastante preciso.
31. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo austriaco, OGH de 10 de noviembre de 1994 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=110>) aceptó como suficientemente definitiva la oferta del vendedor de vender «una cierta cantidad» de pieles de chinchilla (ciertamente, el tribunal valoró la conducta posterior del comprador, que procedió a vender las pieles entregadas). Ver también la decisión del Bezirksgericht St. Gallen, de 3 de julio de 1997, 3PZ 97/18 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=306>).
32. Artículo 2.1.14 Principios UNIDROIT. Ver, asimismo, PSEG Global Inc., *The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* 04/06/2004, ICSID ARB/02/5; caso ICC 7110/1998, abril.

donde se debe reexportar. Al reexportar, el vendedor debe venderlo a un precio muy inferior al inicialmente estimado; en parte por el volumen adicional que debe vender inesperadamente, y, en parte, porque, según las pruebas realizadas, las conservas de esa calidad se venden más baratas que el precio de la gama superior; y, en parte, porque ha estallado un escándalo alimentario en relación con los alimentos del país del vendedor, que hace que resulte muy difícil venderlos.

Este caso es un puzzle cuyas piezas son dos casos distintos de la jurisprudencia CNUCCIM. El primero fue decidido por el Instituto de Arbitraje Holandés, en una compraventa de un derivado del crudo (*Rijn blend*) con alta concentración de mercurio, donde el problema estribaba en determinar cuál es el estándar de calidad aplicable cuando las partes no lo pactan expresamente³³. El segundo fue decidido por el Tribunal Supremo alemán, en una compraventa de mejillones con una concentración de cadmio superior a la permitida por las normas del país del comprador, pero no de la permitida por las normas del país del vendedor, de modo que el problema estribaba en determinar cuál era el estándar aplicable a la conformidad³⁴.

El primero era, claramente, un caso del artículo 35 (2) (a) CNUCCIM; esto es, cuál debe ser la interpretación de la «aptitud para el uso ordinario» contemplada en el artículo 35 (2) (a) CNUCCIM³⁵. Y aquí volvemos a encontrar los dos elementos de riesgo para el principio de uniformidad: un concepto jurídico indeterminado, y dos interpretaciones divergentes, atendiendo a las diferentes «familias» jurídicas. En los países anglosajones el test de la «comercialidad», o *merchantability*, sugiere que, en ausencia de pacto, la pregunta es si un comprador razonable habría concluido un contrato de compraventa para las mercancías a un precio similar si hubiese conocido su calidad, test que, en este caso, resultaba en la no conformidad de los bienes³⁶.

En los países civilistas, el test, en palabras del tribunal, es, más bien, el de la «calidad media»³⁷, y el comprador no logró probar cuál era esa calidad, y si existía un entendimiento común en cuanto al grado tolerable de mercurio³⁸. El tribunal, no obstante, entendió que ninguno de los test podía aplicarse; puesto que, sobre la base del artículo 7 (1) la interpretación de la CNUCCIM debe ser

33. Ver, laudo del *Netherlands Arbitration Institute*, de 15 de octubre de 2002, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>.

34. Ver, sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 8 de marzo de 1995, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950308g3.html>.

35. El artículo 35 (2) CNUCCIM establece que: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo»;

36. De una visión inicial, basada en el principio del *caveat emptor*, de modo que el comprador asumía el riesgo de bienes no conformes si no había especificado el estándar de calidad, se pasó a una postura más protectora con los intereses del comprador a partir de *Bristol Tramways Carriage Co. Ltd v. Fiat Motors Ltd.* case (1910 2 KB 831).

37. Laudo del *Netherlands Arbitration Institute*, de 15 de octubre de 2002, para. [68].

38. *Ibid.* para. 69.

auto-integradora³⁹. Y así, sobre la base de la historia legislativa de la Convención y su estructura, el tribunal eligió aplicar el estándar de la «calidad razonable»⁴⁰, y entender que los bienes no eran conformes, porque en el precio ofrecido en las transacciones de remplazo se aplicaba un descuento por el mercurio, y porque la ausencia de problemas en anteriores entregas, y el carácter a largo plazo del contrato de suministro, otorgaba relevancia a la expectativa del comprador de recibir bienes de calidad similar⁴¹.

En el segundo caso, el problema era, propiamente, del artículo 35 (2) (b) CNUCCIM, que exige la aptitud «*para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato*», pues el análisis se centró en la información específica que se había transmitido al vendedor, y la capacidad de éste para extraer conclusiones de esa información⁴². Y, en este sentido, el tribunal entendió que un vendedor no debe conocer el contenido de las disposiciones fitosanitarias del país de importación, salvo que dichas disposiciones sean equivalentes en el país de exportación y el de importación, que el comprador informase al vendedor de dichas disposiciones confiando en su conocimiento experto, o que el vendedor las conociera debido a circunstancias especiales⁴³. En este punto, más que de «familias» jurídicas, podría hablarse, ligeramente, de «sensibilidades» distintas, entre los intereses del exportador (importantes en Alemania) y los intereses del importador (importantes en Estados Unidos, por ejemplo). Así, alguna decisión posterior, pese a acogerse expresamente al criterio del Tribunal Supremo alemán, ha tendido a justificar que, en el caso concreto, debía aplicarse la excepción (conocimiento por el vendedor de las disposiciones locales)⁴⁴; si bien, en este punto, no existe una división nítida⁴⁵, y el propio Tribunal Supremo alemán se ha

39. *Ibid.* paras. 103-116.

40. *Ibid.* paras. 117-119.

41. *Ibid.* paras. 120-121.

42. El artículo 35 (2) (b) CNUCCIM indica que el bien debe ser apto para el uso ordinario comunicado en el momento de conclusión del contrato, «*salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor*».

43. Sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 8 de marzo de 1995, Sección II.b.bb). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950308g3.html>.

44. *Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica S.r.l.*, U.S. District Court, E.D., Louisiana, 17 de mayo de 1999, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=360>. Ciertamente, la revisión judicial tuvo lugar en sede de ejecución del laudo arbitral previo, que era el que, propiamente, había aplicado la excepción, de modo que el caso no se puede caracterizar como «estadounidense» en el sentido más amplio del término.

45. De hecho, el caso del Tribunal Supremo alemán perjudicó al comprador, también alemán; en España, país importador, dos decisiones, de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 de marzo de 2000, y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de octubre de 2002, ambas con exportadores españoles, son de sentido contrario, de modo que una lo favorece y otra le es contraria. En Nueva Zelanda, las dos decisiones registradas, que se refieren al mismo caso, son contrarias al comprador australiano (exportador neozelandés). Ver <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356&x=1>.

separado de su criterio cuando existían otras consideraciones fuera de las disposiciones fitosanitarias⁴⁶.

2.3. Problemas de responsabilidad, exoneración y cumplimiento

Caso 4. «Cuándo se torció el proceso, quién debe enderezarlo y cómo». Dos sociedades suscriben un contrato para la compraventa de una cadena de montaje, que comprende varias máquinas, así como su instalación y la formación del personal en la operación de la máquina. El comprador está dudoso, pero le convence la explicación de que la prestación del vendedor no sólo incluye un aparataje de la máxima calidad y fiabilidad, sino, también, el conocimiento experto de su personal, que, mediante la «personalización» del *software* que ayuda a operar la máquina, y una serie de «trucos» de configuración, logra conseguir que opere «a plena capacidad». El equipo del vendedor comienza la instalación. El ingeniero del vendedor la supervisa, y va y viene varias veces. En uno de los desplazamientos, el ingeniero fallece en un accidente de ferrocarril. La cadena entera está montada, pero nadie ha hecho cambios en la configuración, pese a lo cual el personal del comprador recibe el curso de formación. La cadena no procesa a plena capacidad, y el comprador se encuentra en situación de inferioridad competitiva. Insiste en que el vendedor cumpla lo que prometió, y el vendedor replica que el único empleado que conocía los «trucos» era el ingeniero fallecido. La única persona con conocimiento comparable trabaja en otra empresa, y, en palabras del vendedor, «no se prestaría a dar el servicio». El comprador demanda el cumplimiento, o, en su defecto, la resolución.

El presente caso presenta varios conflictos, que, a su vez, corresponden con las líneas de ruptura de la Convención en materia de responsabilidad, cumplimiento y exoneración. Si nos centramos en la primera, el problema se centra en la combinación de los preceptos que establecen la responsabilidad por «no cumplimiento de las obligaciones»⁴⁷; y, por otro lado, el que exime de responsabilidad a la parte cuyo incumplimiento se debe a un «impedimento»⁴⁸.

La combinación de preceptos ofrece el equilibrio (casi) imposible entre los modelos de responsabilidad subjetivo (basado en la culpa)⁴⁹ y objetivo (basado

46. *Infra* III.3.A

47. El artículo 45 (1) CNUCCIM establece que: «Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77». El artículo 61 establece una solución equivalente para el vendedor si el comprador incumple.

48. El artículo 79 (1) CNUCCIM establece que: «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias».

49. En relación con el desarrollo de la doctrina, y la matización de las soluciones del Derecho Romano por la doctrina escolástica medieval, que trató de combinarlo con las enseñanzas morales de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, y su posterior adaptación hasta conducir, por un lado, al estándar de diligencia del buen padre de familia, y, por otra, a las categorías de caso fortuito y fuerza mayor, en el Derecho francés, o a la

en el riesgo). Como no podía ser de otra manera, la solución de compromiso ha sido objeto de quejas de los juristas del *civil law*, por acuñar un sistema de responsabilidad por incumplimiento, y de los de *common law*, por el uso de la noción de «impedimento imprevisible», que evoca la noción de «fuerza mayor», del Derecho civil⁵⁰. Pero, más peligroso aún es que, al descansar el sistema sobre conceptos indeterminados, está presente el riesgo de interpretaciones divergentes⁵¹; por ejemplo, del jurista anglosajón, que, al encontrar familiar el lenguaje de la responsabilidad objetiva, entiende que el corolario lógico es el de eximir de responsabilidad en supuestos de *frustration* o *impracticability*⁵²; o del jurista francés, que entiende que las referencias al «impedimento» deben dar cabida a una interpretación donde prime el elemento subjetivo⁵³. Aunque hay consenso sobre el hecho de que el recurso a la exoneración es excepcional⁵⁴, el riesgo existe.

Un segundo dilema que presenta el caso es que el problema no es de falta de entrega, o imposibilidad de entrega, sino de eventual falta de conformidad (la máquina no funciona a «plena capacidad»). Y la aplicación de la exoneración

responsabilidad por falta de «cuidado ordinario» en el Derecho alemán, ver GORDLEY, James «Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances» *American Journal of Comparative Law* Vol. 52 (2004) p. 514-520.

50. En este último sentido, ver NICHOLAS, Barry «Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods» *op. cit.* p. 5-4.
51. Cierto, las diferencias se han exagerado. Para un estudio del principio, convencionalmente aceptado, de que el *common law* no prevé una excusa por imposibilidad, e impone una responsabilidad objetiva (o por incumplimiento) y los supuestos errores y contradicciones que han dado lugar al mismo (así como a contraponerlo a la postura de los países civilistas) ver GORDLEY, James «Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances» *op. cit.* pp. 521-523. No obstante, el riesgo de interpretaciones divergentes en la jurisprudencia es claro y presente. Ver CISG-AC CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, para. 3. Ello lo ha convertido en objeto de críticas por parte de algunos autores. Ver NICHOLAS, Barry «Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods» En Galston & Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984), Ch. 5, p. 5-1 y ss; TALLON, Denis «Commentary to Article 79», en BIANCA, C. M.; BONNELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* Milan: Giuffrè, 1987, 594, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>.
52. Ver, por ejemplo, *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co, KG*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, East. Div., (2004) disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=987>
53. *Christian Flippe v. Sarl Douet Sport Collections* Tribunal de Commerce de Besançon, 19 enero 1998, donde el tribunal entendió que el vendedor no podía ser responsable de la falta de entrega de un proveedor porque no había actuado de mala fe.
54. Ver «Artículo 79» en *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* - versión 2008 A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/cisg2008.html.

a estos supuestos es problemática y debatida. De primeras, la Convención habla de exoneración del cumplimiento de «obligaciones», y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere habemus*. Pero en los países de *common law* se mira con recelo las consecuencias que la máxima latina trae en el caso, como es el riesgo de reintroducir la responsabilidad por culpa por la puerta de atrás⁵⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán ha contribuido a disipar parte de esos temores, al afirmar categóricamente el principio de responsabilidad objetiva, en un caso donde rechazó la exoneración del vendedor, si bien no se pronunció sobre si la exoneración cabía en caso de defectos⁵⁶. El uso del precepto en algún caso posterior (si bien se denegó la exoneración)⁵⁷ así como el consenso doctrinal⁵⁸, parecen llevarnos a concluir que su aplicación sería admisible, al menos en teoría.

Un tercer problema que plantea el caso es que el ajuste de la maquinaria depende de la contratación de los servicios de un tercero (el ingeniero de la competencia) reticente, lo que puede suponer una serie de esfuerzos muy costosos para el vendedor. Ello entronca con la «excesiva onerosidad», y su compatibilidad con la noción de «impedimento», y la exigencia de la Convención de que la parte incumplidora demuestre que «no cabía razonablemente esperar [...] que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias»⁵⁹.

El concepto «impedimento» y «superación de consecuencias» es indeterminado. Hay argumentos en la historia legislativa⁶⁰, y en la jurisprudencia⁶¹

55. Este temor venía justificado por la insistencia de delegaciones como la alemana en la introducción del principio de responsabilidad por culpa, que, finalmente, fue rechazado, de modo que pudiese aprovecharse el supuesto de impedimento en el caso de falta de conformidad para obtener el mismo resultado. Ver SCHLECHTRIEM, P., «Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Civil Panel VII March 24, 1999, Index No. VIII ZR 121/98. Case commentary» *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (2000-2001), nota al pie nº 4.
56. Caso CLOUT nº 271, sentencia del tribunal supremo alemán, de 24 de marzo de 1999, donde el tribunal esquivó la cuestión de si el artículo 79 (1) CNUCCIM resultaba aplicable al supuesto de falta de conformidad afirmando que resultaba irrelevante, puesto que no había habido impedimento.
57. Tribunal Supremo alemán, sentencia de 9 de enero de 2002 (leche en polvo). Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>
58. CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, cit. punto 1. Lo que parece lógico a la vista de la referencia del 79 (1) a «cualquiera» de las obligaciones.
59. Artículo 79 (1) CNUCCIM. En términos prácticos, la cuestión es si el estándar de «superación del impedimento» de la Convención haría responsable al vendedor siempre que la obligación no se cumpla, si obligaría al vendedor a contratar al ingeniero, pagándole lo que pida, o, incluso, arrebatándoselo a la competencia, o sólo a hacer el esfuerzo de contactar con él.
60. HONNOLD, John, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* Kluwer Law International, 1989 p. 185, 252, 350; CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, cit. notas 33-38.
61. No existen hasta la fecha decisiones que hayan reconocido la posibilidad de exoneración en un caso de excesiva onerosidad, y un caso italiano que toca la materia parece sugerir que este tipo de doctrinas no caben en el texto de la CNUCCIM. Caso CLOUT No. 54, *Nuova Fucinati, S.p.A., v. Fondmetall International A.B.*, Tribunale di Monza, Italia, 14 enero 1993, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=21>.

para entender que no incluye la excesiva onerosidad. Sin embargo, considerar que una regla tan extendida como ésta se encuentre fuera de la Convención, partiendo de que tampoco se excluye expresamente, conlleva el riesgo de entender que se trata de una laguna, para, a partir de ahí, aplicar el Derecho interno, con la consiguiente atomización de soluciones⁶².

Así, las opiniones más autorizadas sugieren que debería interpretarse que el «impedimento» incluye las circunstancias sobrevenidas que dan lugar a una excesiva onerosidad, siquiera como resultado de interpretar el principio *pacta sunt servanda*⁶³, sin que ello zanje la cuestión⁶⁴.

En cuarto lugar, el caso plantea el problema de si, caso de existir responsabilidad y no existir «impedimento», el comprador podría reclamar que se cumpla lo pactado. Y ello entronca con el problema del cumplimiento específico, y su (indefendible) solución en la CNUCCIM. Para los partidarios de la Convención no es fácil hablar así del texto vienés; pero, precisamente, éste es un ejemplo de la facilidad con que las divergencias de planteamiento pueden torpedear el principio de uniformidad. El cumplimiento específico para los países civilistas, es un remedio accesible, al menos en igualdad de condiciones que los demás (resolución o daños y perjuicios)⁶⁵. En los países anglosajones, por motivos históricos⁶⁶,

62. En el caso en cuestión, el Tribunale di Monza se mueve en la ambigüedad entre entender que la Convención da una respuesta negativa, y que la Convención no regula la materia, pues realiza el análisis sobre la excesiva onerosidad tras entender (de manera claramente incorrecta, por cierto) que la Convención no era aplicable en virtud del artículo 1, lo que no le impide opinar sobre si una doctrina como la de la *excesiva onerosità sopravvenuta*, del artículo 1451 del Código civil italiano, podría aplicarse en el contexto de la Convención, y concluir que no, pues la CNUCCIM regula el problema. CLOUT No. 54, *Nuova Fucinati, S.p.A., v. Fondmetall International A.B.*, Tribunale di Monza, Italia, 14 enero 1993.

63. Ver, por ejemplo, CISG-AC Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, cit. para. 32 y ss.

64. La misma Opinión se pregunta si sería una laguna *intra legem* o *praeter legem*, con recurso a la auto-integración, o a la heterointegración, qué remedios podría garantizar el tribunal, etc. *Ibid* paras. 34-40.

65. Ver, por ejemplo, el artículo 1124 del Código civil español, o Sección 241 del Código civil alemán.

66. La caracterización como excepcional del remedio en estos países no se puede explicar salvo que se conozca que este remedio se desarrolló por la jurisdicción en equidad, impartida por el Canciller, y, después, por el Tribunal de la Cancillería (que disponían del poder de enviar a prisión por desacato, o *contempt of court*, mecanismo coercitivo que los hacía idóneos para administrar órdenes de cumplimiento, que se convirtieron en su remedio por antonomasia). Al tratarse de una jurisdicción no ordinaria que tenía por objetivo enmendar la situación injusta cuando la rígida aplicación del Derecho resultaba intolerable, no juzgaba sobre la base del Derecho (que no había logrado dar una solución justa), sino de la equidad (*equity*). Ambas, la jurisdicción ordinaria, o de *common law*, y la de equidad, convivieron durante siglos (a veces de manera más tormentosa que otras), y la evolución fue exigiendo que, para acceder a la segunda (y al cumplimiento específico que administraba), se demostrase que el *common law* (y sus remedios pecuniarios) no habían sido capaces de proporcionar una solución justa. Es imposible asignar porcentajes de responsabilidad por esta marginalización al origen «político-ejecutivo», más que «jurídico-judicial» de la Cancillería, a su progresiva burocratización y rigidez, a la creciente importancia de la *rule of law*, y, con ella, de la certeza

más que económicos⁶⁷, el cumplimiento específico es un remedio excepcional, al que sólo se puede recurrir cuando los daños y perjuicios no suponen un remedio adecuado⁶⁸.

La tesis de los delegados anglosajones quedó aislada en la redacción de la Convención, pero lo que faltó de apoyo le sobró de vehemencia, y ahí quedó el artículo 28, como concesión a sus recelos, y bache amorfo en la estructura armónica de la CNUCCIM y su principio de interpretación uniforme, al establecer que, cuando una parte tenga derecho al cumplimiento específico, el tribunal al que lo solicite *no* estará obligado a ordenarlo el tribunal a menos que lo hiciere, *en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*. Sobran las palabras.

Por suerte, el artículo 28 sólo ha sido aplicado en una ocasión por un tribunal estadounidense⁶⁹; el cual, además, remitiéndose a la Sección 2-716 del *Uniform Commercial Code*, entendió que las mercaderías (barras de acero) podían considerarse, en principio «únicas», o insustituibles (algo discutible) lo que habría justificado el cumplimiento específico.

En nuestro caso la pregunta es si el tribunal debería inclinarse por exami-

jurídica y el desdén por la prisión como mecanismo coercitivo, a la mayor evolución e innovación de la jurisdicción de *common law* (la cual, a partir del writ of *trespass on the case*, previsto para casos que hoy denominaríamos «extracontractuales», desarrolló la doctrina de la *consideration*, y, a partir de ahí, el Derecho de contratos). Lo cierto es que, a finales del XIX, se había convertido en una jurisdicción a la que se recurría en casos menos rutinarios y más excepcionales que en el pasado. El problema es que, al ser absorbida por la jurisdicción ordinaria, ese carácter excepcional siguió afectando a los remedios que tradicionalmente venía administrando, como es el caso del cumplimiento específico. Ver HOLDSWORTH, Sir William *History of English Law*, Volume I, p. 398-400, 424-428, 437-442, 451-457, 459-465; Vol II London: Sweet & Maxwell, p. 247; BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 2002, p. 105-108, 318-326; MAITLAND, F. W., *Equity. A Course of Lectures*. Revised by John Brunyate, M.A. Cambridge: University Press, 1936, reprinted 1969, p. 2-7; HOLDSWORTH, Sir William *A History of English Law op. cit.* Volume I, p. 395-401; MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John; WHITFORD, William; GALANTER, Marc, «*Contracts: Law in Action*». Charlottesville: The Michie Company, 1995, p. 89; FARNSWORTH, E. Allan, «Legal Remedies for Breach of Contract». *Columbia Law Review*. 1970, no. 70, pp. 1152-1153; ZIMMERMAN, Reinhard, «*The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*». New York: Oxford University Press, 1996, p. 777, 780; DAWSON, John P. «Specific Performance in France and Germany». *Michigan Law Review*. 1958, no. 57, p. 495.

67. Siendo conscientes de la evolución descrita más arriba, la argumentación de representantes del análisis económico del Derecho de cómo la restricción del cumplimiento específico a los supuestos donde los bienes son «únicos», solución del UCC, es la solución más eficiente (ver POSNER, R., *Economic Analysis of Law*. Fifth edition. New York: Aspen Publishers, Inc., 1998 p. 145-147; KRONMAN, Anthony T., «Specific Performance». *University of Chicago Law Review*. 1977-1978, no. 45, p. 351-382) parece un acto algo forzado de justificar *a posteriori* un resultado al que se ha llegado por cauces muy distintos.
68. Ver, por ejemplo, la Section 52 (1) de la *Sales of Goods Act* 1979 (Inglaterra), o la Sección 2-716 (1) del *Uniform Commercial Code* (Estados Unidos).
69. Caso CLOUT N° 417 Federal District Court, Northern District of Illinois, Estados Unidos, 7 de diciembre de 1999.

nar simultáneamente la Convención y su Derecho interno⁷⁰, solución tosca y en franca contradicción con la interpretación uniforme, o bien integrar la interpretación de la primera con otros instrumentos uniformes más avanzados. Los Principios de UNIDROIT logran una solución de compromiso más armónica, que garantiza el cumplimiento específico con carácter general, pero establece excepciones cuando la prestación resulte «excesivamente gravosa u onerosa»; exista la posibilidad de «obtener razonablemente la prestación por otra vía»; ésta sea de «carácter exclusivamente personal» o no se presente la «reclamación en un plazo razonable»⁷¹. Estas excepciones recogen los criterios con arreglo a los cuales los tribunales de anglosajones deniegan el cumplimiento, y que son comprensibles en una jurisdicción civilista.

2.4. Problemas de resolución contractual y daños y perjuicios

Caso 5. «El oportunismo ¿gana?» Una empresa del sector de los hidrocarburos está fletando un buque tanque con varios miles de toneladas de nafta, y procede a vender partes del cargamento. Además de a varios *traders*, contacta telefónicamente a otra empresa con la que ya mantenía, desde hacía 2 años, un contrato de suministro de gas licuado. Recibe una respuesta positiva, y acuerdan unas condiciones por teléfono. El comprador procede a abrir una carta de crédito documentario. Cuando, dos semanas después, el vendedor procede a presentar en el banco el conocimiento de embarque, el certificado de calidad, y los demás documentos, se presenta un problema: los detalles de los documentos no se corresponden exactamente con los previstos en el documento de apertura. El banco se pone en contacto con el comprador, para saber si autoriza el pago, y éste se niega. Ante la negativa del banco, el vendedor se pone en contacto con el comprador, y le indica que las desviaciones de calidad son mínimas. El comprador insiste en que, a ese precio, no le interesa una nafta de esa calidad. El vendedor indica que tiene otro buque con una nafta cuya calidad certificada es, exactamente, la indicada en el crédito documentario, y que, atendiendo al tiempo de trayecto, podría entregar la mercancía tan sólo 4 días después del plazo pactado en el contrato. El comprador rehúsa. Además, según el comprador, esta «dejadez», unida al difícil estado del vendedor (ha sufrido varios reveses a lo largo del año, incluyendo la expropiación de una filial extranjera) hacen albergar sospechas sobre su fiabilidad para seguir cumpliendo su parte en el contrato a largo plazo de suministro de gas, por lo que le da un plazo de 20 días para garantizar el cumplimiento mediante aval, y/o renegociar a la baja las condiciones del contrato, que, en caso contrario, se dará por finalizado. El vendedor se niega, pues sospecha que todo este «circo» obedece a que el precio del crudo ha descendido un 30% en el mercado de futuros. El comprador comunica la cancelación del contrato. El vendedor entrega la nafta del contrato a un cliente con quien ya tenía un contrato de suministro (entrega antici-

70. Tarea harto difícil si, por ejemplo, se trata de un tribunal arbitral. Ver RAMOS MUÑOZ, David, «The Power Of Arbitrators To Make *Pro-Futuro* Orders» en SCHNEIDER, M.; KNOLL, M., (eds.), *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration* Juris Publishing 2011, p. 113.

71. Artículo 7.2.2 de los Principios de UNIDROIT.

pada) y reclama el margen de beneficios del contrato de compraventa y el de suministro como daños y perjuicios.

El caso planteado difícilmente puede poner de manifiesto un mayor número de «dilemas existenciales» para la Convención y el Derecho uniforme. Se trata, primeramente, de un problema de resolución. El examen detenido de la CNUCCIM pone de manifiesto la relevancia transversal del principio de *favor contractus*⁷², especialmente en la fase posterior a la conclusión del contrato.

La estructura de las normas está así diseñada para «estorbar» la decisión de poner fin a la relación, y, a la inversa, facilitar y premiar la comunicación y la búsqueda de la solución negociada⁷³. En los casos de entrega tardía, la importación de la regla alemana de la *Nachfrist*, que establece la posibilidad de resolver tras el transcurso del plazo suplementario, tiene la doble función de proporcionar certeza a la parte perjudicada, y, al tiempo, una segunda oportunidad a la parte incumplidora⁷⁴.

En caso de entrega defectuosa, la resolución se basa en el estándar del «incumplimiento esencial»⁷⁵, que, al ser indeterminado, objetivo (no subjetivo) y exigir una extrema gravedad del incumplimiento (se habla de «privación sustancial» de expectativas⁷⁶) induce una similar actitud cooperativa en el perjudicado, que no querrá situarse en el lado equivocado de la línea por precipitarse a la hora de cancelar⁷⁷.

72. KELLER, B., «*Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract*», en ANDERSEN; SCHROETER, *Sharing International Commercial Law Across national Boundaries* Wildy Simmons & Hill Publishing (2008) p. 247 y ss; MAGNUS, U., «General Principles of UN-Sales Law», en *Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law Hein Kötz in honor of his 60th Birthday*, Max-Planck-Institute for foreign and international Private Law, Part I Volume 59 (1995) Issue 3-4 (October) notas 54-56 y texto. Ver también BONNELL, M. J., *An International Restatement of Contract Law The Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 3rd ed. Transnational Publishers, 2005 p. 102.

73. Además, no olvidemos que la Convención es clara en su exigencia de notificar la resolución (ver, artículo 26 CNUCCIM). Con ello se termina con el problema de la resolución automática, o *ipso facto*, sólo por la concurrencia de determinadas circunstancias, sin incluir un acto recepticio; que se había mantenido en la Ley Uniforme de Venta Internacional (LUVI) (artículos 25 y 26[1]) lo que había sido objeto de fuertes críticas. Ver HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999) The Hague: Kluwer Law International, 1999, § 187.1, p. 213. Dichas críticas condujeron a la introducción de la exigencia de notificación en el artículo 26 CNUCCIM. No obstante, la resolución no requiere, al contrario que en algunos países, la existencia de una declaración judicial a tal efecto.

74. PERALES VISCASILLAS, M. P., «The *Nachfrist* Remedy». En *Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Singapore International Arbitration Centre, 2005, p. 95; HUBER, P.; MULLIS, A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* Selliers, 2007 p. 329.

75. Artículo 49 (1) (a) CNUCCIM.

76. El artículo 25 CNUCCIM indica que un incumplimiento será esencial «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

77. La afirmación por una parte de su intención de poner fin al contrato sin tener derecho

Esta visión contrasta con la del Derecho de contratos no uniforme. En los países civilistas los Códigos no suelen graduar entre la *actio redhibitoria* y la *quanti minoris*, a pesar de que la primera (resolutoria) supone unas consecuencias mucho más drásticas que la segunda (reducción del precio); y la doctrina del *aliud pro alio* ha construido *ad hoc* los criterios de graduación que permiten equiparar la entrega defectuosa a la falta de entrega, si bien les ha faltado claridad. En los países de *common law*, el Derecho de contratos que se inspira en las compraventas de *commodities*. Ello supone la distinción entre la fase posterior a la entrega y aceptación, donde se exige un incumplimiento serio⁷⁸ y la fase anterior, donde ha regido tradicionalmente la *perfect tender rule*, de modo que cualquier defecto en las mercaderías y documentos, por pequeño que sea, puede dar lugar al «rechazo» (no se habla de resolución) de las mercaderías⁷⁹. Si bien esta doctrina tan drástica ha sido corregida⁸⁰, el

a ello (ej. cuando el incumplimiento no es esencial) tiene la consideración automática de incumplimiento esencial, y permite a la otra parte resolver y reclamar daños. Véase caso CLOUT N° 136 Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de mayo de 1995; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de la Federación de Rusia, 4 de abril de 1998, laudo N° 387/1995. Asimismo, ver artículos 47 (2) y 63(2), que establecen que, durante el periodo adicional concedido al incumplidor, el perjudicado no puede recurrir a un remedio incompatible con dicho periodo «a menos que haya recibido la comunicación [del incumplidor] de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado», en cuyo caso, según los artículos 49 (1) (b) y 64 (1) (b) CNUCCIM, el perjudicado tiene derecho a resolver.

78. La «seriedad» se evalúa en el Derecho inglés en función de la distinción entre *breach of condition* (incumplimiento de una obligación cuyo cumplimiento constituía una condición previa para contratar) y una *breach of warranty*. Ver *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)*, 1 Q.B. 44 (C. A.), 1976. En el Derecho estadounidense, por el contrario, se permite revocar la aceptación de los bienes remitiendo al concepto de «*substantial impairment*». Ver Sección 2-608 (1) del *Uniform Commercial Code*.
79. En este sector, entre el vendedor original, el cual «conoce» los bienes, en el sentido de que los ha producido, extraído, transformado, etc. y el vendedor final, que desea utilizar dichos bienes, se interpone una, a veces larguísima, cadena de intermediarios, muchos de los cuales son *traders*, que compran y venden aprovechando las fluctuaciones del precio. Estas partes carecen de interés en los bienes en sí, de modo que únicamente persiguen el beneficio. Una vez asumido, como hace el Derecho inglés, que tal actividad contribuye a la asignación más eficiente de recursos, es necesario proteger la posición del intermediario, como se haría con el comprador, sólo que teniendo en cuenta su especial idiosincrasia. Partiendo de que, en su situación, desviaciones mínimas de calidad, fechas de embarque o de entrega pueden trastocar los milimetrados cálculos del intermediario, obligándole a hacerse cargo de una carga que le resulta inservible. Esto ha conducido a la aceptación en el Derecho inglés de la resolución por incumplimientos mínimos relativos a elementos importantes como la calidad o los plazos. Ver BRIDGE, M., «Uniformity and Diversity in the Law of International Sale» *Pace International Law Review* Vol 15 (Spring 2003) p. 65-66.
80. En Inglaterra, por ejemplo, se ha modificado el texto de la Section 15A (1) de la Sale of Goods Act, que ahora establece: «Where in the case of a contract of sale- (a) the buyer would, apart from this subsection, have the right to reject goods by reason of a breach on the part of the seller of a term implied by section 13, 14 or 15 above, but (b) the breach is so slight that it would be unreasonable for him to reject them, then, if the buyer does not deal as consumer, the breach is not to be treated as a breach of condition but may be treated

umbral exigido para desligar a las partes es, claramente, más bajo, que el previsto en la CNUCCIM⁸¹.

Ello plantea varios problemas. Primero, el concepto de «incumplimiento esencial» es indeterminado, lo que podría dar lugar a interpretaciones divergentes en las diferentes jurisdicciones. Por fortuna, éste es un riesgo que no se ha materializado de manera evidente hasta la fecha. En los países civilistas, de hecho, la influencia ha sido la contraria, en la medida en que el Derecho interno ha tendido a asimilar el estándar objetivo basado en el incumplimiento «esencial» o de cierta gravedad⁸². En los anglosajones los tribunales parecen razonar correctamente tanto a la hora de exigir la gravedad del incumplimiento, como de valorar los elementos clave para determinar dicha gravedad⁸³.

Segundo, el hecho de que no se haya manifestado la divergencia interpretativa con carácter general no significa que, precisamente, en el campo que sirve de inspiración al Derecho anglosajón de contratos, las transacciones de *commodities*, no exista un riesgo. Porque, en este punto hablamos de filosofías interpretativas sobre cuál debe ser el propósito de la norma, que pueden entrar en contradicción. La de la Convención (y el Derecho uniforme) es la filosofía del contrato como «proyecto común»⁸⁴; la cual, más allá de las obligaciones típicas, impone una serie de deberes de comunicación y cooperación⁸⁵. La de un vehemente sector de la doctrina anglosajona, influida por el análisis económico del Derecho, es la del «incumplimiento eficiente» (*efficient breach*) que sostiene que el objetivo de la norma debe ser facilitar la rápida desvinculación de las partes, especialmente en los casos donde la cuantía que está dispuesta a pagar la parte

as a breach of warranty». En Estados Unidos la corrección ha venido de manos de los tribunales, que han corregido la rigidez de la regla (y el potencial para su uso oportunista) mediante el recurso al principio de buena fe (Sección 1-304 UCC). Ver *Wilson v. Scampoli*, 228 A.2d 848 (D.C. App. 1967).

81. BRIDGE, M., *Uniformity and Diversity in the Law of International Sale*, op. cit. p. 66.
82. En España este cambio de tendencia ha corrido a cargo de la jurisprudencia (ver SSTs de 5 de abril de 2006 [contrato de cesión de créditos] y de 20 de julio de 2006 [contrato de fiducia], 31 de octubre de 2006 [compraventa nacional de un inmueble]) mientras que, en países como Alemania, Holanda o los países nórdicos la modificación ha venido por vía legislativa. Ver Sección 8 323 del Código civil alemán, Secciones 39 de la Ley de Compraventas noruega (1988), finlandesa (1987), o sueca (1990), o artículo 6:265 del Código civil holandés.
83. *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.* 71 F3d 1024 (2d Cir. 1995) (compresores con capacidad de enfriamiento y consumo energético distintos a los pactados, relevancia valorada teniendo en cuenta el contrato y la importancia de las características en un compresor); *Valero Marketing & Supply Company v. Green Oy & Greeni Trading Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 4 de abril de 2006 (atendiendo a las declaraciones de las partes y a la posibilidad que el comprador había dado de esperar 4 días, un retraso menor no constituía un incumplimiento esencial); *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, laudo arbitral de la American Arbitration Association nº 50181T 0036406, de 12 de diciembre de 2007 (importancia de las prácticas de las partes).
84. Ver, por ejemplo, el artículo 5.1.3 de los Principios de UNIDROIT, y, especialmente, su Comentario Oficial.
85. HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales* op. cit. § 100, 160, 170.3, 170.4.

que desea salir es superior a la cuantía que la parte privada necesita para situarse en una posición igual a la del contrato cumplido⁸⁶.

Tercero, el contraste es especialmente agudo en un supuesto como el de más arriba; donde, para empezar, la parte incumplidora ofrece subsanar el incumplimiento (mediante la entrega de otra partida de crudo de la calidad indicada, con un ligero retraso). La relación entre el derecho a subsanar del vendedor y el derecho a resolver del comprador es compleja. Teóricamente, el texto del artículo 48 CNUCCIM sujeta el primero al segundo⁸⁷. No obstante, cierta jurisprudencia ha interpretado que, en realidad, si el vendedor incumplidor se ofrece a subsanar, entonces no puede haber incumplimiento esencial, de modo que el derecho a resolver no llega a nacer, y no puede, así, imponerse jerárquicamente al derecho a resolver⁸⁸. Es decir, mediante un ingenioso giro conceptual, se ha dado la vuelta a la relación de ambos derechos. Asimismo, otro problema proviene de que el «derecho a subsanar» del artículo 48 CNUCCIM es una «importación» del *Uniform Commercial Code*⁸⁹, donde adquiere su sentido, precisamente, porque suaviza los efectos drásticos de la *perfect tender* y el repudio automático en la fase anterior a la entrega. Su sentido en el esquema de la Convención no puede ser el mismo o sí, dependiendo cómo interpretemos la noción de «incumplimiento esencial» y el consecuente derecho a la resolución en el contexto de las compraventas de *commodities*.

Cuarto, en el caso propuesto la subsanación propuesta por el vendedor, mediante la sustitución de la mercancía, supone remplazar un cumplimiento defectuoso por un cumplimiento tardío. Y, para el incumplimiento tardío, volvemos a abrir la cuestión del plazo adicional, o *Nachfrist*. Los preceptos que lo regulan hablan de que el perjudicado «podrá fijar» el plazo, si lo desea⁹⁰, pero los preceptos en materia de resolución afirman que el perjudicado podrá declarar resuelto el contrato si la parte incumplidora no cumple sus obligaciones «dentro del plazo suplementario», lo que plantea la duda de si existe la posibilidad de resolver, en caso de retraso, sin fijar dicho plazo, escudándose en la naturaleza «esencial» de dicho retraso. Esta cuestión plantearía menos dudas⁹¹

86. POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Fifth edition. New York: Aspen Publishers, Inc., 1998, pp. 145-147; LINZER, P., «On the amorality of contract Remedies - Efficiency, Equity and the Second Restatement», *Columbia Law Review*, (1981), n.º. 81, pp. 114-115.

87. El artículo 48 (1) indica que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones». Es decir, el derecho a subsanar se entiende «sin perjuicio» de lo dispuesto en el artículo 49, que regula el derecho del comprador a resolver.

88. Caso CLOUT N.º 282 Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997; Caso CLOUT N.º 196 Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 26 de abril de 1995; Caso CLOUT N.º 152 Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995.

89. Ver, Sección 2-508 del *Uniform Commercial Code*.

90. Artículos 47 (1) y 63 (1) CNUCCIM.

91. Tanto el artículo 49 (1) (a) como el 64 (1) (a) hablan de que el perjudicado podrá resolver el contrato si el incumplimiento por la otra parte «de cualquiera de las obligaciones que le incumban», lo que no sólo incluye la entrega/pago conforme, sino a tiempo.

si no fuese por el carácter obligatorio que el recurso a la *Nachfrist* tiene en países como Alemania, y que ha conducido a algunos tribunales a negar la posibilidad de resolución por retraso en el cumplimiento cuando no se ha fijado el plazo suplementario⁹². La mayoría de la jurisprudencia, no obstante, acepta la posibilidad de que un retraso constituya «incumplimiento esencial», y, por tanto, dé derecho a la resolución sin necesidad de plazo suplementario⁹³.

Quinto, el caso plantea un problema de «comunicación» del incumplimiento de un contrato a otro (el incumplimiento del contrato *spot* que conduce a pensar que puede incumplirse el de suministro). En la Convención ello se enmarca dentro del incumplimiento previsible; que otorga el derecho a la parte previsiblemente perjudicada a suspender la ejecución de la prestación⁹⁴, o, incluso, a resolver anticipadamente el contrato⁹⁵. Esta noción resulta «natural» para el jurista estadounidense, pues el *Uniform Commercial Code* contempla la misma figura del *anticipatory breach*⁹⁶. Para el jurista del *civil law*, por el contrario, simultaneidad en la ejecución, reciprocidad de la prestación y causa de la obligación son nociones estrechamente ligadas⁹⁷, de modo que la figura resulta

92. Sentencia del Landgericht München de 20 de febrero de 2002, 10 O 5423/01.

93. Rechazando la existencia de incumplimiento esencial: Landgericht de Stuttgart, de 13 de agosto de 1991, sentencia del Landgericht Oldenburg, de 27 de marzo de 1997, sentencia del Oberlandesgericht de Hamburgo de 28 de febrero de 2006, sentencia del Landgericht de München, de 20 de febrero de 2002; sentencia del tribunal de apelación de Turku (Finlandia), de 18 de febrero de 1997 S 95/1023; aceptando la existencia de incumplimiento esencial: Valero Marketing & Supply Company v. Green Oy & Greeni Trading Oy, CIV.01-5254(DRD), U.S. District Court, New Jersey, 4 de abril de 2006; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 1997; *Diversitel Communications Inc. v. Glacier Bay Inc.* sentencia de la Ontario Supreme Court of Justice, de 6 de octubre de 2003, 03-CV-23776 SR.

94. El artículo 71 CNUCCIM establece que «Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones».

95. El artículo 72 (1) CNUCCIM afirma que: «Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

96. Ver Sección 2-610 del *Uniform Commercial Code*.

97. Ver artículo 1612 del *Code civil* francés, o artículo 82 del Código de Obligaciones suizo, o el artículo 1591 del *Code civil* de Quebec. En materia de doctrina, ver ESPIN CANOVAS, Diego, «La excepción de incumplimiento contractual» *Anuario de Derecho civil* Tomo XVII Fascículo III (Julio-Septiembre 1964) pp. 543, 547-548; CRUZ MORENO, María La «Exceptio non adimpleti Contractus» Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 22-23, 49-50; CASTÁN TOBEÑAS, José *Derecho Civil Español, Común y Foral* Tomo Tercero *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general* op. cit. pp. 131-132; LACRUZ BERDEJO, José Luis (et al.) *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Volumen Primero Teoría General del Contrato* p. 149; ENNECCERUS, Ludwig *Derecho de Obligaciones Volumen Primero Doctrina General*. En ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin Barcelona: Bosch, 1954, p. 163; MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre *Droit Civil. Les Obligations. 2^e édition. Tome 1. Les Sources* Paris : Sirey, 1988, p. 331; MAZEAUD Henri; MAZEAUD, Léon ; MAZEAUD, Jean ; CHABAS, François *Leçons de Droit Civil Tome II Premier Volume Obligations théorie générale* op. cit. § 1127-1128, p. 1170 ; GHESTIN, Jacques *Les obligations. Les Effets du contrat*. En GHESTIN Jacques (dir.) *Traité de Droit Civil* Paris: LGDJ, pp. 349-351.

ajena. Y estas divergencias no son irrelevantes, cuando se trata de interpretar de manera más amplia o estricta la noción de «incumplimiento previsible».

Sexto, el caso plantea el problema de cómo aplicar las disposiciones de la Convención en el caso de un contrato a largo plazo o por tiempo indefinido. Aunque las normas de Derecho interno suelen prohibir las obligaciones perpetuas⁹⁸, la Convención no establece ninguna regla parecida. La terminación se rige, exclusivamente, por las reglas en materia de resolución, que exigen el incumplimiento esencial⁹⁹. Teóricamente, la comunicación por una parte de su intención de «repudiar», con un plazo razonable para que la otra encuentre un sustituto, tendría como consecuencia que, de no buscarlo esta última, no podría reclamar perjuicios por haber incumplido el deber de «mitigar» o reducir la pérdida¹⁰⁰. Pero ello no cambia la posición relativa de las partes: quien pone fin al contrato «repudia»; esto es, incumple, y, a su vez, otorga a la otra el derecho a resolver. No existe en la CNUCCIM un «derecho al preaviso», lo que podría generar incertidumbre en cuanto al modo de aplicación por los jueces nacionales.

Por otro lado, el caso plantea importantes problemas en materia de daños y perjuicios. Primero, la reclamación del vendedor del margen de beneficio plantea el problema de compaginar la resolución con los daños y perjuicios por lucro cesante. Nada en la Convención hace suponer que ambas reclamaciones sean incompatibles, pero, precisamente, por su formulación abierta, es preciso reiterar que las distinciones dogmáticas entre el «interés negativo» propio de la resolución, y el «interés positivo», de los daños¹⁰¹, no tienen cabida en el marco de la Convención, donde el objetivo es, siempre, el de situar a la parte perjudicada en la situación equivalente a si el contrato se hubiese cumplido¹⁰².

Segundo, hecha esta precisión, el tipo de daño reclamado por el vendedor (margen de beneficios) no parece corresponder con lo dispuesto en la Convención, que, en los casos de resolución, prevén una regla de cálculo de los daños como la diferencia entre el precio del contrato y (A) el de la transacción sustitutiva concluida después¹⁰³, o (B) el de mercado¹⁰⁴. El supuesto descrito responde, más bien, a la hipótesis de la pérdida de volumen de ventas, donde debe

98. Artículo 1583 del Código Civil.

99. Artículos 49, 64 y 25 CNUCCIM. La única disposición en materia de contratos por entregas sucesivas (artículo 73 CNUCCIM) se limita a regular el problema de cómo distinguir los supuestos donde la resolución sólo afecta a una entrega (apartado 1), de los supuestos donde el incumplimiento se «comunica» a las siguientes (apartado 2), o, incluso, a todas (siguientes y anteriores) cuando forman parte de un todo (apartado 3); pero no al efecto del plazo en los derechos de las partes a poner fin a la relación.

100. Artículo 77 CNUCCIM.

101. PANTALEÓN PRIETO, Fernando «Resolución por incumplimiento e indemnización» *Anuario de Derecho Civil* (1989) pp. 1143-1168.

102. CISG-AC Opinion No. 6, *Calculation of Damages under CISG Article 74* para. 1.1.

103. Artículo 75 CNUCCIM, de aplicación preferente.

104. Artículo 76 CNUCCIM, de aplicación subsidiaria, en defecto del artículo 75 CNUCCIM.

entenderse que no hay transacción de remplazo, sino que el vendedor «pierde» una transacción en total, cuyo beneficio exige recuperar¹⁰⁵. Si bien cierta jurisprudencia parece haber admitido esta posibilidad¹⁰⁶, es aún escasa. En el Derecho de los Estados Unidos, donde las reglas de cálculo del UCC son equivalentes a las de la Convención, la posibilidad de daños por pérdida de volumen de ventas ya ha sido discutida y aceptada¹⁰⁷. En los países civilistas el derecho a los daños se formula de manera más general, y aún no se ha dado el necesario debate para consolidar la pérdida de volumen¹⁰⁸, lo que plantea el riesgo de divergencias.

Las disposiciones sobre daños plantean otro problema en el caso propuesto, cuando el comprador contesta con su propia reclamación de daños y perjuicios, calculada por referencia a una transacción concluida días antes de resolver. Teóricamente, las reglas de la Convención establecen el cálculo por referencia a una transacción de remplazo concluida *con posterioridad* a la resolución¹⁰⁹. La pregunta de si puede considerarse una transacción como de remplazo a pesar de haberse concluido *antes* de resolver no es fácil, y depende de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados. Cuestiones como la noción de «compra/venta de remplazo», o si es taxativa y excluyente la referencia a su conclusión *dentro de un plazo razonable después de la resolución* son preguntas cuya respuesta requiere indagar en los principios de la Convención, no en la tradición del Derecho interno.

III. UNIFORMIDAD EN LA DIVERSIDAD. ESTRUCTURAS DE INTERCAMBIO, INTERPRETACIÓN, Y SUS APLICACIONES

En la sección anterior hemos tratado de poner de manifiesto no sólo la relevancia del principio de interpretación uniforme de la Convención, sino

105. RAMOS MUÑOZ, David «La pérdida de volumen de ventas como daño indemnizable» *CEF Legal* N° 38/2007, pp. 60 y ss. Ver también GOETZ & SCOTT Measuring Seller's Damages. The Lost Profit's Puzzle *Stanford Law Review* Vol. 31 (1979) p. 332; GOLDBERG, Victor «An Economic Analysis of the Lost Volume Retail Seller» *Southern California Law Review* Vol. 53 (1984) p. 285.
106. Caso CLOUT N° 427 Oberster Gerichtshof, Austria, 28 de abril de 2000; caso CLOUT N° 217 Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997.
107. RAMOS MUÑOZ, David «La pérdida de volumen de ventas como daño indemnizable» *op. cit.* p. 70-82, con referencia a los casos *R.E. Davis Chemical Corp. v. Disonics, Inc.*, 826 F.2d 678, 685 (7th Cir.1987); *Famous Knitwear Corp. v. Drug Fair, Inc.*, 493 F.2d 251, 255-256 (4th Cir.1974) y otros.
108. Por ejemplo, la jurisprudencia que ha aceptado la indemnización consistente en el margen de beneficio no lo ha hecho por oposición a la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva (como en la CNUCCIM), sino por oposición al precio entero del contrato. Ver RAMOS MUÑOZ, David «La pérdida de volumen de ventas como daño indemnizable» *op. cit.* p. 100-104, y STS de 25 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2286); SAP Cantabria, de 28 de febrero de 2001 (JUR 2001, 162631); SAP Tenerife, 20 diciembre 2004 (AC 2005, 112).
109. Artículo 75 CNUCCIM: «Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de remplazo o el vendedor a una venta de remplazo...».

cómo se traduce en la adopción de «opciones» interpretativas de entre las posibilidades existentes, las cuales, a su vez, se basan en hipótesis sobre el comportamiento y expectativas razonables de las partes contratantes.

La presente Sección trata de ir un paso más allá, y de concluir que la adopción de una opción interpretativa no elimina el problema subyacente, como es la diversidad de estructuras de intercambio y expectativas, dependiendo de las características del contrato y la relación que lo rodea; algo que denominamos «contexto comercial». Sobre esta base, concluimos, en primer lugar, que es incorrecto aplicar la misma «plantilla» interpretativa a distintos tipos de relaciones. Segundo, que, aun excluyendo las reglas concretas de la Convención por responder a presunciones que no se dan en el caso concreto, es posible aplicar la norma por vía de sus principios. Dividimos el ejercicio en dos partes: una, donde formulamos la propuesta interpretativa (1), y otra, donde la aplicamos (2).

1. PLANTEAMIENTO. ESTRUCTURAS DE INTERCAMBIO COMERCIAL Y PROPUESTA INTERPRETATIVA

A. Contexto comercial y estructuras de intercambio

En algunos de los ejemplos anteriores hemos puesto de manifiesto el riesgo de interpretaciones divergentes de la Convención y el Derecho Uniforme, en casos donde existe un concepto jurídico indeterminado, y las soluciones difieren en función de la cultura jurídica (civilista o anglosajona, fundamentalmente) u otros criterios. Recurrir a fuentes externas para completar el significado de la Convención es incorrecto. Pero excluirlas no elimina la tensión subyacente que existe en los casos donde el tipo de relación contractual no se ajusta a las presunciones realizadas por el legislador uniforme a la hora de formular sus reglas.

En otras palabras, si el principio de interpretación uniforme supone tratar igual las situaciones iguales (con independencia del juez y el territorio), también debería implicar el tratar las situaciones diferentes de manera distinta. Pues no debemos olvidar que, bajo la aparente unidad semántica del término «compraventa», tiene lugar una gran diversidad de situaciones.

Por ejemplo, las reglas sobre conformidad y vicios ocultos de las mercancías de los países civilistas (con la exigencia de que se trate de vicios ocultos) se construyen sobre la hipótesis de una venta específica, estructura distinta a la del Derecho Uniforme, que construye sobre la base de la «obligación» de conformidad. Pero ignorar el Derecho interno, y sus categorías de «vicio oculto» o *aliud pro alio* no elimina la especificación como fenómeno relevante para establecer la falta de conformidad.

Más ejemplos. El Derecho de los países anglosajones, especialmente Inglaterra, inspirado en la compraventa de *commodities*, difiere de la Convención en el enfoque de la resolución, que en el *common law* depende del incumplimiento de una *condition* (incumplimiento estricto), frente al enfoque de la CNUCCIM,

basado en la graduación del incumplimiento como «esencial»¹¹⁰. Si bien la Convención puede (y debe) obviar la distinción entre *conditions* y *warranties*, no puede escapar al hecho de que, en el mercado de *commodities*, las expectativas de las partes difieren respecto de, por ejemplo, una compraventa e instalación de maquinaria, y ello es relevante a la hora de interpretar el derecho a la resolución.

Siguiendo con los ejemplos, la Convención no acoge, por ejemplo, categorías doctrinales, como la de los «contratos relacionales»¹¹¹; que propone el abandono de la postura tradicional, que restringe la ordenación de los actos de las partes al momento puntual de la conclusión del contrato, a una perspectiva más evolutiva, donde lo que importa es la «relación», y cómo ésta varía con los diferentes hitos contractuales¹¹². No acoger esta distinción no significa que no existan situaciones, con relaciones contractuales complejas, donde en el esquema de intercambio de las partes, la inercia (o histéresis¹¹³) de los actos pasados influye en los futuros¹¹⁴.

110. Artículos 25 y 49 (1) (a) y 64 (1) (a) CNUCCIM. O en el «plazo adicional» en caso de retraso. Ver artículos 47 y 49 (1) (b) y 63 y 64 (1) (b) CNUCCIM.

111. Ver, por todos, MACNEIL, Ian R. «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law» *Northwestern University Law Review* no. 72 (1978) pp. 854-905; MACNEIL, Ian R. «Essays on the Nature of Contract» *North Carolina Central Law Journal* no. 10 (1979) pp. 159-200; MACAULAY, Stewart «Law and Society. Changing a Continuing Relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers, and the legal system - Part II» *Wisconsin Law Review* 1965, pp. 742-858. Esta categoría no es equivalente a la de los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución prolongada en el tiempo, que poseen unas características mucho más fijas y consecuencias más predeterminadas. Los defensores de la «teoría relacional» replicarían que la categoría de contratos de tracto sucesivo, y sus creadores, ponen el carro antes que los bueyes, enfatizando el elemento del «contrato» antes que la «relación contractual».

112. La teoría de los contratos relacionales entiende que las hipótesis del Derecho de contratos clásico, de «estanquidad» de los contratos entre partes, y de «predeterminación» de la totalidad de la relación futura en el momento presente de conclusión del contrato, son profundamente inadecuados para las relaciones contractuales modernas. «Estanquidad» y «predeterminación» es una traducción libre de «discreteness» y «presentation», términos acuñados por el profesor Ian MACNEIL. Ver MACNEIL, Ian R. «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law» *op. cit.* pp. 862 y ss.

113. La referencia a «inercia» o «histéresis» replicaría el fenómeno que, en los países anglosajones, se denomina «*path dependence*», entendido como la influencia de las decisiones adoptadas en el pasado en el conjunto de opciones que se pueden adoptar en el futuro, aunque las condiciones que dieron lugar a dichas decisiones pasadas ya no sean relevantes. LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. «Path Dependence», En BOUCKAERT, BOUDEWIJN; DE GEEST, GERRIT. (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 981 y ss. En los contratos el fenómeno podría entenderse en el sentido de que una relación contractual posee una fuerza impresa por las decisiones pasadas, que no se ve inmediatamente frenada por las decisiones futuras (inercia); o, a la inversa, que dicha relación posee unas propiedades intrínsecas, de modo que su estado no se ve alterado inmediatamente por la aplicación de una serie de fuerzas sobre ella (histéresis). Ver Diccionario RAE.

114. El ejemplo más claro serían las relaciones de distribución y de colaboración empresa-

Fuera de estas grandes categorizaciones, no es difícil imaginar otros supuestos donde detalles concretos de la estructura de la relación de las partes no se ajustan a las presunciones de la Convención: la asunción de que la conclusión del contrato se produce mediante oferta y aceptación puede resultar inadecuada en procesos negociadores complejos; el énfasis tradicional de la falta de conformidad en los defectos físicos puede resultar problemático en casos donde el problema reside en la percepción del público; la exigencia de notificación puede encajar mal en supuestos donde la relación de confianza de las partes impone otro tipo de valoración; la regla de responsabilidad objetiva de los artículos 45 y 61 puede darse de bruces con un contrato donde las partes pacten una obligación de medios; la asunción del artículo 75, para el cálculo de la indemnización, de que se resuelve el contrato, y entonces se realiza una transacción de remplazo, puede casar mal en un caso donde no hay transacción de remplazo, o no hay resolución pero sí remplazo, o el remplazo es anterior a la resolución, y así sucesivamente.

Es decir, volviendo sobre la idea anterior, la aparente unidad semántica de la «compraventa» enmascara una diversidad de planteamientos. Ni siquiera cabe hablar del «Derecho de las compraventas» porque, incluso dentro de determinadas categorías asentadas en la práctica o la doctrina (*commodities*, compraventa específica, contratos relacionales) los detalles de la relación permiten innumerables variaciones, que escapan cualquier predeterminación. No se trata, pues, tanto de «clasificar» la transacción como de ser consciente de la medida en que la norma se basa en una serie de presunciones, y de cómo dichas presunciones pueden diferir de la realidad de la relación contractual entre las partes.

B. La propuesta interpretativa «simbiótica» y las lagunas «voluntarias»

El punto anterior trata de poner de manifiesto que el Derecho Uniforme no es «neutral», sino que asume determinadas características en la relación de las partes a la hora de formular sus reglas, características que pueden darse, o no. El presente apartado responde a la pregunta de cómo enfrentarse a los supuestos donde estructura «asumida» y estructura «real» difieren. Y ello partiendo de que las herramientas y enfoques existentes bastan para acomodar y/o combinar norma y estructura del contrato, y sólo son necesarias ligeras variaciones interpretativas.

En principio, si los derechos y obligaciones de las partes, tal como han sido concebidos por ellas, son diferentes a los previstos por la Convención, el

rial; entendida en sentido amplio. Es decir, no sólo aplicable a los contratos de agencia, distribución, franquicia, etc. que tradicionalmente se asocian a la idea jurídica de «colaboración empresarial», sino a todos aquellos supuestos donde tal colaboración existe; por ejemplo, en estructuras en «red». Ver AHUJA, Gautam. «The Duality of Collaboration: inducements and Opportunities in the Formation of Interfirm Linkages». *Strategic Management Journal*. Volume 21, issue no. 3. March 2000, p. 317-343; DYER, Jeffrey H. «Specialized Supplier Networks as a Source of Competitive Advantage: Evidence from the Auto Industry». *Strategic Management Journal*. Volume 17, issue no. 4 April 1996, pp. 271-291.

principio de autonomía de la voluntad (artículo 6) permite a las partes *excluir la aplicación de la Convención, o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*¹¹⁵.

En la forma en que ha sido tradicionalmente entendida, esta posibilidad es clara, pero limitada. Permite a las partes establecer una cláusula que diga «La Convención de Viena no resultará aplicable», o «El presente contrato se rige por el "Código de comercio español/Uniform Commercial Code"». Incluso sirve para aquellos supuestos donde las partes *regulan* (expresa y detalladamente) el contenido del deber de conformidad/comunicación de defectos/derecho a la resolución etc., de forma distinta e incompatible con el de la norma¹¹⁶.

Pero no sirve cuando la estructura de intercambio de las partes es distinta de la prevista en la norma, pero las partes no han «regulado» todas las consecuencias jurídicas de esta divergencia. No sólo eso, sino que, al plantear una relación «adversaria» entre la norma y la voluntad contractual (se trata de aplicar una u otra) se realiza una distinción artificial entre los problemas «de sustitución» y los problemas «de interpretación». Aún peor, la tesis adversaria puede llevar al tribunal a desechar la relevancia de una voluntad de las partes divergente de la Convención, expresada en una relación basada en asunciones distintas a las de la norma, cuando esta vía genere una suerte de *horror vacui* por no haberse regulado al detalle las soluciones alternativas que se derivarían; y ello a pesar de que no es lo mismo la voluntad de *no* aplicar una regla que la voluntad de sustituirla por otra.

La solución propuesta, pues, no precisa una reforma ni del articulado ni del contenido de los artículos de la Convención, sino, más bien, propone otorgarles un significado más pleno. Primeramente, el artículo 6 CNUCCIM, que permite a las partes derogar o modificar las disposiciones de la Convención, debe leerse en conjunción con los preceptos sobre interpretación de la voluntad de las partes (artículo 8 (3); que indican la importancia de:

*«todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes»*¹¹⁷.

En su aplicación del precepto la jurisprudencia se ha centrado excesivamente en determinar si las diversas circunstancias pertenecían a las categorías enumeradas, a pesar de que la enumeración no es exhaustiva. Tener en cuenta, como proponemos, el «contexto», en su conjunto, sin clasificar si un elemento entra dentro de una definición de «uso», «práctica», etc permitiría una valora-

115. Artículo 6 CNUCCIM. Ver también artículo 1.5 de los Principios UNIDROIT, o el artículo 1:102 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

116. No obstante, ello supondría la aplicación de las disposiciones contractuales, pero no la exclusión total de la norma, que permanecería como disposición supletoria. HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales op. cit.* § 77, p. 79; BONNELL, M. J., «Commentary to Article 6» En BIANCA; Cessare Massimo; BONNELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law op. cit.* § 2.4, p. 56-57.

117. Artículo 8 (3) CNUCCIM.

ción más abierta y realista, y así buscar el sentido interno del contrato y la relación subyacente.

De hecho, esta posibilidad se contemplada específicamente en textos uniformes más modernos como los principios de UNIDROIT, que, a la hora de interpretar la voluntad contractual tienen en cuenta «(d) la naturaleza y finalidad del contrato»¹¹⁸, o su interpretación sistemática¹¹⁹. El énfasis sistemático y finalista permite clasificar las «circunstancias» atendiendo a la medida en que aclaran «naturaleza», «finalidad» y «sentido», y no a su pertenencia a categorías prefijadas. Y, a su vez, permite comprender la estructura de intercambio de las partes, y las expectativas razonables a las que da lugar, y contrastarlas con la estructura que la Convención «presume» a la hora de fijar sus reglas, y así comprobar la coherencia de aplicar estas últimas en la situación concreta.

La ausencia de «regulación» por las partes de las consecuencias jurídicas no debería representar un obstáculo para dar relevancia a la voluntad de las partes cuando la contradicción resulte clara. Y ello nos conduce al segundo elemento de la propuesta interpretativa. Frente a la relación «adversaria» entre voluntad de las partes y del legislador proponemos una relación «simbiótica»¹²⁰; que omita las soluciones previstas por la norma sólo en aquello donde resulten incoherentes con la voluntad de las partes. Ello supondría la exclusión de algunas reglas de la Convención, pero su aplicación por la vía de sus principios¹²¹ (artículo 7).

Entendemos que la principal alternativa a lo que aquí se propone pasaría por basarse exclusiva, o primordialmente, en la voluntad de las partes, solución posible bajo la Convención (basta con «estirar» el artículo 8, en vez del 7) y típico en los sistemas anglosajones¹²². Pero no deja de resultar forzado, y obliga

118. Además de «(e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial;», si bien esta referencia sirve exclusivamente para interpretar expresiones expresamente incluidas en el texto del contrato; y no, como es nuestro propósito, estructuras de intercambio que pueden resultar contradictorias con las previstas en la norma, y que no se han incluido de manera expresa en el contrato.

119. El artículo 4.4 (*Interpretación sistemática del contrato*) de los Principios UNIDROIT establece que: «Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto», y el 4.5 (*Interpretación dando efecto a todas las disposiciones*) establece que: «Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos».

120. PERALES VISCASILLAS, M. P.; RAMOS MUÑOZ, David «From Competition to Symbiosis-Commercial Context, Commercial Law, and their Importance for Legal Education» En KRÖLL, S.; MISTELIS, L.; PERALES VISCASILLAS, P.; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*- Kluwer Law International, 2011, pp. 773-810.

121. Para la distinción entre principios y reglas, ver DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously* Duckworth, 1977, reimpresión 2005, pp. 22 y ss.

122. Si bien la postura de que la fuente primordial de derechos y obligaciones contractuales es la voluntad de las partes es común a los países de *civil law* y *common law*, la diferencia está, probablemente, en el énfasis, pues los tribunales anglosajones son mucho más reacios a apreciar tales derechos y obligaciones como consecuencia de la interpretación de la ley, lo que convierte la interpretación de la voluntad contractual

a pasar de establecer la regla *querida* por las partes, a la regla que las partes *querrían*, y a la regla que las partes *habrían querido*, de haber pensado en la situación¹²³. Si se piensa, la solución «simbiótica», basada en el artículo 7, responde, de manera más natural, a los papeles respectivos que desempeñan la norma jurídica y la voluntad contractual: la primera forma parte de un «sistema»; la segunda, no; la primera arraiga en una serie de principios, la segunda, no; la primera nace para ser interpretada, la segunda, no, o no necesariamente¹²⁴.

Además, el enfoque sugerido no es desconocido en la mecánica de la Convención. De hecho, es el que se aplica al problema de las «lagunas»¹²⁵. Reguladas en el ámbito de la Convención en su artículo 7 (2), se trata de las «*cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella*». La solución de la CNUCCIM pasa por dirimir tales cuestiones *de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*; es decir, auto-integración, y, sólo cuando ésta falle, hetero-integración.

En los trabajos preparatorios de la Convención los delegados se centraron en el método para solucionar el problema de las lagunas, y no en definir los supuestos donde usar dicho método¹²⁶. Los trabajos académicos distinguen las

casi en una ciencia, objeto de sesudos tratados. Ver, por ejemplo, LEWISON, Kim *The Interpretation of Contracts* London: Sweet & Maxwell, 2007, 628 p.

123. Así parece deducirse de determinados estándares interpretativos como el «*officious bystander test*» (según el cual un término implícito será efectivo siempre que su contenido sea algo tan obvio que, si un espectador oficioso lo sugiriese, las partes le harían callar con un impaciente «¡Oh! Pero, ¡por supuesto!») o el *business efficacy test* (que da vida a términos no expresos, pero que dan a la transacción la eficacia negocial que las partes habrían querido). Ver TREITEL, Guenter *The Law of Contract* Eleventh edition, 2003, pp. 201 y ss. En la práctica, aun con la visión relativamente restrictivo de los tribunales, el problema sigue siendo la artificialidad de estas construcciones.
124. Este análisis está basado en la caracterización del Derecho moderno por Ronald DWORKIN bajo el paradigma de «*law as integrity*», plasmado en la metáfora del sistema jurídico como una red «sin costuras» (*seamless web*) (ver DWORKIN, Ronald *Law's Empire* Oxford: Hart Publishing, 1998 pp. 176-225) y su contraposición con la voluntad de las partes en un contrato concreto. Las conclusiones no son válidas si no se acoge esta hipótesis de partida; esto es, si se entiende que el Derecho es «incompleto», que los principios interpretativos no existen y que, por tanto, en los casos no cubiertos por una regla concreta el juez decide con arreglo a su «discrecionalidad», y no al Derecho aplicable.
125. En referencia a la relación indisociable entre principio de interpretación uniforme y lagunas, ver PERALES VISCASILLAS, M. P., «Article 7» En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; PERALES VISCASILLAS, M. P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary op. cit.* para. 15, p. 116.
126. Ver el análisis de la historia legislativa en FELEMEGAS, John, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (2000-2001) 115-265, Capítulo 4, 2. También en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#ch42>

«lagunas» en: (1) supuestos excluidos de la Convención *por la Convención*¹²⁷; (2) supuestos cubiertos pero no expresamente regulados por ella¹²⁸ [donde se aplica el artículo 7 (2)]. Pero no existe ningún motivo de política legislativa para no aplicar el mismo mecanismo a las situaciones donde la estructura de intercambio, relaciones y expectativas de las partes resultan *parcialmente incompatibles* con la Convención. Al contrario, permite asegurar la interpretación uniforme. De hecho, en la práctica habrá casos donde resulte muy difícil distinguir una hipótesis de otra; esto es, si las partes están en una situación no cubierta por la regla específica (laguna «legal»), o en una situación cubierta por la regla, pero donde las partes no desean regirse por esa regla¹²⁹ (laguna «voluntaria»)¹³⁰. Asimismo, la combinación de los artículos 7 y 8 que se propone es

127. Tal sería el caso, por ejemplo, de las exclusiones contenidas en los artículos 2, 3, 4 ó 5. Algunos denominan estas lagunas como *intra legem* [FELEMEGAS, John The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation cit. Cap. 4.3. (a)], mientras que otros se refieren a ellas como «materias expresamente excluidas» o «lagunas obvias» (ZELLER, Bruno «Four-Corners-The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods» Tesis, 2003, Cap. 5, 3, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html#chp5>).

128. Denominadas lagunas *praeter legem*, o lagunas «ocultas». Ver, respectivamente, FELEMEGAS, John The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation cit. Cap. 4.3. (a) y ZELLER, Bruno «Four-Corners-The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods». No obstante, la categoría de «lagunas ocultas» sería más amplia, e incluiría también supuestos *no* regulados por la Convención, y *no* cubiertos por ella, sino por el Derecho interno (es decir, el concepto se sitúa en un momento previo, donde aún es preciso un análisis de si la cuestión se encuentra, o no, regulada por la norma).

129. Buena parte de los supuestos ya analizados, y los que se expondrán a continuación, no se prestan a una distinción nítida entre laguna por exclusión «legal» y laguna por exclusión «voluntaria». Antes de analizarlos, piénsese, como aperitivo, en el caso decidido por el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) el 9 de enero de 2002, donde aquél decidió aplicar la denominada regla del *knock-out*, en virtud de la cual, cuando las partes envían formularios cuyas condiciones son contradictorias, éstas se cancelan entre sí y los huecos se cubren con las disposiciones de la Convención. El Tribunal lo hizo por entender que la materia de la «batalla de los formularios» era una «laguna», un problema específico no regulado por la Convención. Y ello a pesar de que la combinación de los artículos 18 y 19 CNUCCIM llevaría a concluir que, si la aceptación que introduce modificaciones sustanciales es una contraoferta, y que se permite la aceptación por actos, las condiciones que prevalecen serán las de la parte que las envió en último lugar (*last shot rule*) pues se entiende que la otra parte las aceptó mediante actos de ejecución; solución, por cierto, adoptada por otros tribunales alemanes (Caso CLOUT n° 232, Oberlandesgericht München, 11 de marzo de 1998). ¿Es posible diferenciar con rotundidad el supuesto donde las partes se han situado fuera de las situaciones reguladas por la Convención, del supuesto donde las partes se encuentran en una situación regulada por la Convención, pero la voluntad manifestada es incoherente con las reglas de la Convención, del supuesto donde el tribunal considera que la solución de la Convención es irrazonable en el contexto de las partes? Sea cual fuere la solución, es importante que la misma sea coherente con los principios de la Convención, y materia «de Derecho».

130. En jurisprudencia relativamente reciente, como el caso *Cedar Petrochemicals inc. v. Dongbu Hannong Chemical Ltd*, U.S. District Court, Southern District of New York, 28

coherente con la visión de la Convención que defiende su flexibilidad y adaptación a la realidad del tráfico, pues la uniformidad no debe, en ningún caso, equipararse con la osificación interpretativa¹³¹, paso previo a la caída en desuso.

Por último, la propuesta interpretativa formulada ofrece una ventaja final, y es su susceptibilidad de un mayor control judicial. Los problemas de interpretación de la voluntad de las partes son cuestiones de hecho, sujetas a su valoración discrecional del juez de instancia (como mucho, pueden volver a examinarse en apelación). Si un juez decide que la solución «X» es la que las partes quieren, querrían, o habrían querido de haberse parado a pensar alguna vez en el problema, su decisión es difícilmente revisable. Los problemas de la aplicación de la Convención por vía de sus principios son cuestiones de interpretación del Derecho, y, como tales revisables en casación, garantizando así la coherencia con otras decisiones, aspecto fundamental del principio jurídico-privado de interpretación uniforme, y del principio de igualdad en el Estado de Derecho.

2. PROBLEMAS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO

A. Procesos negociadores complejos

Caso 5. ¿Contrato con acuerdo, firma o champán?¹³²: unos astilleros, que

de septiembre de 2011, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1643>, el tribunal niega la exclusión de la Convención por el contrato, y su término FOB, al indicar que la estructura de transmisión del riesgo del Incoterm FOB es compatible con la previsión del artículo 36 de la Convención, relativo a los defectos latentes, que se manifiestan con posterioridad a la transmisión del riesgo. Podemos decir, pues, que los tribunales tratan de hacer compatibles la voluntad de las partes y la Convención (en este caso, el esquema del Incoterm FOB es coherente con las disposiciones de la Convención sobre entrega y transmisión del riesgo, como los artículos 30 y 67), como elemento suplementario. En otros casos, como el decidido por el Tribunal de Commerce-Versailles, el 12 de marzo de 2010 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1527>) el Tribunal aceptó la disposición de las partes del derecho automático a resolver de la parte perjudicada en caso de entrega tardía (lo que excluiría el régimen basado en la necesidad de *Nachfrist*, o de demostrar incumplimiento esencial) pero lo complementó con la exigencia de notificación del perjudicado (artículo 26 CNUCCIM) algo sobre lo que las partes no habían dicho nada, lo que, por tanto, excluía la resolución automática. La dificultad estriba en que los tribunales reconozcan de modo expreso que hay veces que, para que exista incompatibilidad parcial, no es preciso que las partes lo estipulen de modo expreso. Asimismo, son reacios a reconocer de manera abierta que la aplicación de la Convención se hace por vía de principio, partiendo de la exclusión de sus reglas concretas.

131. PERALES VISCASILLAS, M. P., «Article 7» En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; PERALES VISCASILLAS, M. P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary op. cit.* para. 17, p. 116, y las fuentes ahí referidas.

132. El ejemplo es una adaptación del propuesto por el profesor Schlechtriem en un seminario celebrado en la Universidad de Pittsburgh, y cuya discusión fue, por suerte, oportunamente recogida por escrito. Ver «Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application and much more» *Journal of Law and Commerce* Vol. 18 (1999), pp. 221-222. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html>.

deben fabricar y ensamblar un buque para una empresa naviera, organizan una licitación para los proveedores de los motores diésel. Un fabricante expresa su interés, y los representantes de la firma de astilleros y el fabricante de motores firman una carta de intenciones donde se comprometen a establecer dos equipos para que negocien los detalles: un equipo técnico, que deberá pulir aspectos como la potencia y peso de los motores, o los períodos de inspección; y un equipo financiero y transaccional, para que negocie plazos de entrega, condiciones de pago, cartas de crédito y garantías, etc. El proceso negociador es el mismo para ambos: cuando un equipo alcanza un acuerdo sobre un determinado punto, lo incorporan a un documento, el cual, una vez concluido, se transforma en un «memorándum», firmado por todos los negociadores; para, en el paso siguiente, fundir los memorándums de los dos equipos en uno solo, que deberá ser firmado por los consejeros delegados de ambas sociedades en una ceremonia con champán. Unos días antes de la ceremonia llega a conocimiento del comprador que la naviera ha entrado en concurso, y cancela la firma.

El presente caso tiene como propósito mostrar que, incluso en sus reglas más básicas, la Convención realiza presunciones sobre la estructura de la relación de las partes que pueden no cumplirse en la práctica. El artículo 23 de la CNUCCIM establece que: *«El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención»*. En el caso indicado, salvo que se haga ficción, no es posible identificar una oferta ni una aceptación. ¿Significa eso que no puede haber contrato? Creemos que no, pues no hay nada en las disposiciones generales de la Convención que indique la voluntad del legislador uniforme de dejar fuera los procesos negociadores complejos (algo que, por otro lado, perjudicaría la uniformidad y la seguridad jurídica).

En este caso, la única conclusión razonable es que las partes han diseñado un proceso negociador cuya estructura no se ajusta a la prevista por la Convención. Es decir, se trata de un supuesto donde las partes han operado una exclusión, vía artículo 6 CNUCCIM, de las reglas de formación. Ahora bien, habiendo excluido estas reglas, una solución basada *exclusivamente* en la interpretación de la voluntad de las partes, aislada de la Convención, resultaría estéril. Las partes han sido claras estipulando las fases del proceso (distintas de la oferta y aceptación), pero no en atribuirles un «significado legal». Por ende, una visión basada sólo en el sentido de la voluntad de las partes carece de herramientas para primar una solución sobre otra; y justificar por qué afirmar que decir que el contrato se perfecciona con el acuerdo de los técnicos es mejor que decir que el contrato se concluye con el champán.

Ello pone de manifiesto, en nuestra opinión, la importancia de que la solución sea «simbiótica»; esto es, que permita la operación conjunta de la voluntad de las partes, y la aplicación *vía principios*, de la Convención, para darle significado. Bajo esta hipótesis, es fácil concluir que la CNUCCIM adopta una visión

«sustancialista», o, si se quiere, «anti-formalista»¹³³, y que lo que importa es el acuerdo sobre elementos *esenciales* (mercaderías, cantidad, precio)¹³⁴.

Si tal acuerdo existe, hay contrato, salvo que una de las partes haya planteado objeciones respecto de algún elemento del contrato, y supeditado su consentimiento al acuerdo sobre dicho elemento, principio que se extrae de la regla de la contraoferta¹³⁵. Ello nos «renvía» a la voluntad de las partes, pero con un mandato interpretativo claro: el de comprobar si había acuerdo sobre los elementos esenciales, y, en segundo lugar, si alguna de las partes había supeditado su consentimiento al acuerdo sobre un determinado particular. Y la voluntad de las partes se canaliza, nuevamente, a través de los parámetros interpretativos legales. La solución propuesta no difiere de aquella que se presentaría en caso de laguna, y ofrece, en nuestra opinión, la herramienta más completa para afrontar este tipo de situaciones.

Los textos de Derecho Uniforme más modernos, como los Principios de UNIDROIT, o los Principios del Derecho Europeo de Contratos, establecen una definición más amplia de «perfección del contrato», donde la aceptación de una oferta no es la única posibilidad, sino que basta con que la conducta de las partes sea suficiente sea «suficiente para manifestar un acuerdo»¹³⁶, o la intención de quedar vinculado y el acuerdo suficiente¹³⁷. Ello transforma una laguna

133. El artículo 11 CNUCCIM establece que: «El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos».

134. Artículo 14 (1) CNUCCIM.

135. La puesta en práctica de este principio se hace por vía de la distinción entre elementos «sustanciales» y «no sustanciales». El artículo 19 (1) CNUCCIM establece que: «La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta». El tercer párrafo adopta una visión expansiva sobre la noción de elemento «sustancial», al establecer que: «Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta». A su vez, el segundo párrafo del precepto indica que: «No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación». Es decir, la distinción únicamente supone una presunción legal respecto de qué elementos son relevantes, pero las partes son libres de indicar que su consentimiento contractual está supeditado al acuerdo sobre cualquier condición. Los principios de UNIDROIT, además de contemplar en su artículo 2.1.11 una regla análoga a la del artículo 19 de la CNUCCIM (si bien sin la problemática lista), permiten llegar a la misma solución por vía de principio, mediante su artículo 2.1.13, que establece: «Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo».

136. Artículo 2.1.1 de los Principios de UNIDROIT.

137. Artículo 2.101 PDEC.

«atípica» (esto es, por voluntad de las partes contraria a la estructura diseñada por la norma) en una laguna «típica»; donde la perfección sin oferta y aceptación ha sido prevista pero no regulada por la norma. La solución por vía de principios sería la misma.

B. Irrevocabilidad de la oferta

El caso anterior ponía de manifiesto que el problema de las lagunas «voluntarias», y su solución mediante una perspectiva «simbiótica», está presente cuando las partes excluyen en pleno, el proceso negociador previsto por la Convención. Ahora veremos cómo el análisis también resulta útil para cuestiones más de detalle. Comencemos por el asunto que ilustrábamos en el caso 1. Hasta ahora¹³⁸, habíamos centrado el análisis en las divergencias que dependen de la «familia» legal (*civil law* o *common law*)¹³⁹, o en lagunas en el sentido «tradicional» (ej. cuál es la protección dispensada al destinatario de una oferta irrevocable retirada por el oferente)¹⁴⁰.

Volvamos a examinar el caso 1, junto con la regla del artículo 16 CNUC-CIM. En el fondo, esta regla descansa sobre la premisa de que existe una disyuntiva absoluta: la oferta es revocable o irrevocable. ¿Tal es, realmente, la visión que ofrecen las partes en el caso 1? Claramente, antes de que se emita la oferta, el comprador deja claro al vendedor que, junto con el propósito de pura venta, los bienes se adquieren por motivos de «marca», para fortalecer una imagen selectiva y de calidad. Estos elementos serían irrelevantes bajo el esquema de la Convención, que nos obliga a considerar sólo si la referencia a los 15 días indica, o no, el carácter irrevocable de la oferta. Llevando el ejemplo más allá, si se hubiese concedido un periodo de 1 mes, y el informe saliese 2 días después de la oferta, el comprador debería esperar hasta la aceptación (hasta 28 días), para resolver el contrato (mientras el vendedor incurre en costes).

138. *Supra* II.2.A. Ver, asimismo, PERALES VISCASILLAS, M. P., «Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil internacional (aplicaciones concretas en la parte II de la Convención)» § 3.1.1.; FELEMEGAS, John «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation» *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (2000-2001) 115-265, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#ch4>, Cap. 4, § 8.

139. Tal sería el caso del ejemplo de la profesora M. P., PERALES, relativo a las ofertas sometidas a plazo, que podrían interpretarse como ofertas irrevocables, o bien como ofertas sometidas a caducidad, dejando un peligroso margen a la interpretación del artículo 16 (2) (a) CNUCCIM. Ver PERALES VISCASILLAS, M. P., «Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil internacional (aplicaciones concretas en la parte II de la Convención)» § 3.1.1.

140. Tal es el supuesto que plantea el profesor Honnold. Ver HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales under the United Nations Convention* 3rd ed. (1999) Kluwer Law International, 213. Asimismo, ver el desarrollo del problema en FELEMEGAS, John «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation» Cap. 4, § 8 a) y ss.

Esta solución, estimamos, tiene menos sentido que la de entender que las partes se han salido (vía artículo 6 CNUCCIM) de la disyuntiva entre oferta revocable e irrevocable, de modo que una oferta puede, por sus signos, entenderse como irrevocable, y, aun así, permitir la revocación en casos excepcionales. ¿Cuáles? Aquellos donde parezca claro que no se va a cumplir las condiciones tomadas como base al hacer la oferta¹⁴¹.

Una vez sentada esta conclusión, no terminan los problemas. Las partes, por su comportamiento, se han alejado de la distinción absoluta entre oferta revocable e irrevocable de la CNUCCIM, pero no han establecido una regulación alternativa. En este punto, la Convención puede entrar por vía de sus principios. Si se entiende que el oferente estaba supeditando la irrevocabilidad al cumplimiento de una serie de requisitos, el artículo 35 CNUCCIM, y su jurisprudencia, pueden ayudar a determinar en qué medida los requisitos de conformidad han visto cumplidos, y los artículos 25 y 49 a determinar si la desviación era lo bastante seria como para justificar la cancelación unilateral. Un análisis basado *exclusivamente* en la interpretación de la voluntad de las partes sería un ejercicio estéril, pues sólo funcionaría en caso de que el oferente hubiese estipulado expresamente *todas* las condiciones que deben cumplir los quesos.

Finalmente, la última pregunta que quedaría por responder es si la solución propuesta, por vía de principios, resulta compatible con la estructura «moral» básica de la Convención. La respuesta, entendemos, es positiva. Los artículos 71 y 72 CNUCCIM contemplan las situaciones de «incumplimiento anticipado», y permiten a la parte presumiblemente perjudicada reaccionar a tiempo y suspender la ejecución de su prestación, o resolver el contrato. Si bien ninguna resulta directamente aplicable a modo de *regla* (pues, en ambos casos, se requiere la conclusión del contrato)¹⁴² sí serían aplicables por vía de principio, y ayudarían a graduar el ejercicio de la revocación por parte del oferente. Asimismo, el enfoque «simbiótico» ayuda a asegurar el cumplimiento de un parámetro básico de la Convención, como es el deber de comunicación; incompatible con las denominadas «resoluciones automáticas», o *ipso facto*¹⁴³. Ello permite concluir

141. La opción alternativa pasaría por entender que la oferta formulada por el oferente es condicional, y que la presencia de los nuevos elementos constituye una contraoferta. Sin embargo, ¿dónde está la contraoferta si el destinatario de la oferta (vendedor de quesos) no emite ninguna declaración?

142. El artículo 71 (1) CNUCCIM establece: «Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, *después de la celebración del contrato*, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones». El artículo 72 (1) CNUCCIM establece que: «Si *antes de la fecha de cumplimiento* fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

143. Comentario de la Secretaría de UNCITRAL al artículo 45 (futuro artículo 49) del Proyecto de Convenio de 1978, para. 2 (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-49.html>); HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales op. cit.* § 187. 1 pp. 213 y ss.; MAGNUS, U., «The Remedy of Avoidance of Contract under CISG - General Remarks and Special Cases» *Journal of Law and Commerce* Vol. 25 (2006) p. 426.

claramente que, aun en un contexto donde las partes han ejercitado su derecho de exclusión (del artículo 16, en este caso) por vía del artículo 6, siguen teniendo que atenerse al principio básico que subyace en los artículos 26, 71 o 72; esto es, que la resolución/suspensión (y, en este caso, revocación) debe realizarse mediante comunicación, conclusión que, en absoluto, resultaría evidente con un enfoque basado íntegramente en la voluntad de las partes.

C. Contratos con términos abiertos

Veamos ahora qué ocurre en el campo de los contratos con términos abiertos, que servía de telón de fondo al caso 2. En la estructura de la CNUCCIM un término abierto no impide el nacimiento del contrato *salvo* que se trate de un elemento «esencial» que hacen que la oferta (y, con ella, al contrato) sea suficientemente definida: mercaderías, cantidad y precio¹⁴⁴. Este marco de análisis presume que, cuando dichos elementos no son determinados o determinables las partes, en realidad, han «contratado para contratar». No obstante, cuando las partes demuestran que han prescindido claramente de ese esquema, los preceptos se excluirían vía artículo 6, y, al menos en caso de precio abierto, el artículo 55 CNUCCIM ayudaría a determinarlo¹⁴⁵. Es decir, en ese supuesto la Convención no necesita actuar por vía de principio, ya que formula una regla específica para la laguna «voluntaria».

La indeterminación de la cantidad, sin embargo, es una cuestión más problemática, pues la Convención no posee ninguna disposición análoga al artículo 55 CNUCCIM. La primera pregunta es si la indeterminación de la cantidad es incompatible con los principios «nucleares» de la CNUCCIM. No lo parece. La existencia de una regla específica sobre los contratos con precio abierto no permite interpretar que, *a contrario*, los contratos con cantidad abierta no están permitidos. No olvidemos que el artículo 55 prevé una regla de determinación *una vez el contrato ha sido válidamente concluido*, pero, lo que otorga legitimidad al contrato con precio abierto, no es el artículo 55, sino el principio de autonomía de la voluntad (artículo 6) que permite excluir los requisitos del artículo 14.

Salvo que se demuestre la contradicción con alguna noción básica de la Convención, no cabe distinguir entre ambas situaciones. Ello es coherente con la visión que defiende que lo relevante para la conclusión del contrato es la intención suficiente de quedar obligado, y, cuando haya términos abiertos, lo importante es que las partes tuviesen tenían el propósito de celebrar el contrato, y de dejar el término «*intencionalmente*» sujeto a ulteriores negociaciones, o a su determinación por un tercero¹⁴⁶. Es decir, el único *caveat* que establece el Derecho Uniforme no es de índole dogmática o moral, sino práctica; en el sentido de que la falta de acuerdo posterior de las partes, o de determinación por el tercero, no afectarán a la «existencia» del contrato «*siempre y cuando haya*

144. Artículo 14 (1) CNUCCIM.

145. *Supra* II.2.A..

146. Artículo 2.1.14 (1) principios UNIDROIT.

*algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes*¹⁴⁷.

El único problema estribaría, entendemos, en los casos donde la cantidad se determina unilateralmente por una de las partes. Y ello porque algunos países civilistas, España incluida, poseen disposiciones imperativas prohibiendo que cualquier término del contrato se deje al arbitrio de uno de los contratantes¹⁴⁸. ¿Se regularía la admisibilidad de estos contratos por la CNUCCIM o sería materia de «validez», sujeta al Derecho interno¹⁴⁹? Es importante recordar que la calificación del problema como de «validez», y, por tanto, su no sujeción a la Convención, no depende de que la norma nacional lo clasifique como tal, sino de que quepa entender de la interpretación de la Convención que no queda sujeto a la misma.

En el plano de la CNUCCIM cabe entender el problema como uno de interpretación de la condición contractual, y de en qué medida es compatible con las disposiciones de la Convención. Pero, incluso desde la perspectiva doméstica, la prohibición de dejar una materia «al arbitrio» de una de las partes no parece tanto un control de la «validez» de la cláusula, como de su «eficacia» en sede de ejecución. Es decir, el modo de afrontar una cláusula de ese tipo no es la nulidad de la cláusula, sino su reinterpretación en el sentido de que el ejercicio de la potestad de fijación de condiciones no puede ser arbitrario¹⁵⁰.

Sobre esta base, la estructura de la Convención, al nivel de sus principios, no supone la aceptación acrítica de una cláusula que permite la fijación unilateral y arbitraria de la cantidad de mercancías. Los principios interpretativos de la Convención reconducen al estándar objetivo de una persona razonable¹⁵¹, y dicha persona difícilmente entendería que la cláusula pudiese dar lugar a un derecho de fijación unilateral de la cantidad sin límites. En el peor de los casos, que así fuese, el recurso a los principios de la Convención como complemento nos llevaría derechos a la buena fe¹⁵². Es decir, la Convención podrá aplicarse

147. Artículo 2.1.14 (2) principios UNIDROIT, (a) y (b). En este punto, la versión española de los Principios resulta confusa, pues incluye el inciso («siempre y cuando») a continuación del supuesto en el cual el tercero no determina el término, como si únicamente afectase a aquél, cuando afecta a ambas hipótesis de indeterminación.

148. En España, ver el artículo 1256 del Código civil.

149. Ver artículo 4 (a) CNUCCIM.

150. Y así lo hacen, de hecho, muchos tribunales. Ver, por ejemplo, SSTs de 31 de octubre de 2011 (RJ 2011, 395781), 15 de julio de 2011 (RJ 2011, 6118); 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3091); 1 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 340); 16 de julio de 1990 (RJ 1990, 5887); o 29 de mayo de 1972 (RJ 1972, 2591), entre otras.

151. Artículo 8 (2) CNUCCIM y artículos 4.1 (2) y 4.2. (2) de los Principios de UNIDROIT.

152. Artículo 7 (1) CNUCCIM. Asimismo, no olvidemos que, de acuerdo con el artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT, también las declaraciones y conducta de las partes deben interpretarse de acuerdo con el principio de buena fe. En la CNUCCIM puede llegarse al mismo resultado entendiendo que el mandato del artículo 7 (1) de interpretar «la presente Convención» de acuerdo con la necesidad de promover «la observancia de la buena fe» también incluye el artículo 8, relativo a la interpretación de la conducta de las partes. Para un tratamiento sistemático de la controversia acerca de la buena fe, así como un análisis sistemático de su importancia actual en el contexto

por vía de principio en los supuestos de contratos con cantidad abierta, a determinar por una de las partes, cuando el ejercicio del derecho de fijación no sea contrario al principio de buena fe. Si fuese contrario, sólo habría dos soluciones: entender que se trata de un principio imperativo, de modo que ni la voluntad de las partes puede excluirlo¹⁵³, o entender que el principio de buena fe es tan básico para la estructura funcional de la Convención, que la misma no puede operar en su ausencia, y, por tanto, su exclusión supone la exclusión de la Convención, de modo que la cuestión debe resolverse con arreglo al Derecho interno aplicable en su defecto.

Esta solución se ve respaldada por lo dispuesto en el artículo 5.1.7 (*determinación del precio*) de los Principios de UNIDROIT, relativo a los supuestos donde el precio es abierto. Este precepto contempla una regla análoga a la del artículo 55 (precio de mercado) cuando el precio es completamente indeterminado¹⁵⁴. Por el contrario, cuando el precio deba ser determinado por una parte (contratante o tercero) sólo se recurre al «precio razonable» cuando el tercero se niegue a determinarlo¹⁵⁵, o cuando (debiendo ser determinado por una parte contratante o tercero) el resultado sea «manifiestamente irrazonable»¹⁵⁶; pues, se sobreentiende, en caso de que no se cumplan tales exigencias, el precio será el que determine la parte contratante o tercero.

Por tanto, en el caso 3 el enfoque sugerido nos llevaría a comprobar si la voluntad de las partes era la de concluir un contrato que dejaría el precio abierto, y la cantidad para ser determinada por el franquiciado, y, a pesar de ello, tendría fuerza obligatoria. Si así fuese, quedaría comprobar, primero, si el precio establecido por el proveedor se correspondía con el precio «habitualmente cobrado» previsto en el artículo 55 CNUCCIM; y, segundo, si el contexto comercial permite entender que la fijación de la cantidad corresponde *exclusivamente* al franquiciado. De ser así, restaría comprobar si la reducción del 80% en las cuantías solicitadas supone un ejercicio de ese derecho «acorde con el principio de buena fe».

3. OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y CONFORMIDAD

A. Conformidad física, jurídica y percepción de conformidad

Si volvemos sobre los casos 1 y 3, ambos plantean el problema de la deter-

de la Convención y su jurisprudencia, incluyendo su evolución, desde un estándar interpretativo a un principio de conducta, ver PERALES VISCASILLAS, M. P., «Article 7». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; PERALES VISCASILLAS, M. P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary op. cit.* paras. 24-30, pp. 120-124.

153. Esta conclusión podría extraerse de la interpretación de decisiones como el laudo de la Cámara de Comercio de Estocolmo, de 5 de junio de 1998. Ver <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980605s5.html>.

154. Artículo 5.1.7 (1) principios UNIDROIT.

155. Artículo 5.1.7 (3) principios UNIDROIT.

156. Artículo 5.1.7 (2) principios UNIDROIT.

minación de la falta de conformidad cuando la percepción del público es mucho más determinante que las características intrínsecas del producto. Ello depende de la naturaleza de los productos (los bienes de consumo, o los materiales que se incorporen a bienes de consumo, son un claro ejemplo) y del contexto (en un supuesto donde estalla un escándalo o, de cualquier otro modo, se genera alarma social, se podrá establecer una relación causa-efecto).

Si, en un caso así, se analizan los preceptos de la Convención sobre conformidad, donde la pregunta es si los productos son adecuados a su uso ordinario o específico¹⁵⁷, podríamos concluir que la percepción es irrelevante a los efectos de la conformidad. El problema es que, en muchos casos, la asunción de las partes es la contraria, y ello no es sólo así para el comprador, sino que se hace saber al vendedor (por ejemplo, si el comprador indica que desea utilizar el producto para consumidores de una determinada gama).

En la práctica jurisprudencial, de hecho, encontramos un ejemplo importante, decidido por el Tribunal Supremo alemán, donde la espinosa cuestión de la percepción pública de un producto se analiza en el contexto de la falta de conformidad¹⁵⁸. En el caso una sociedad belga (vendedora) vendió carne de cerdo a una alemana (primer comprador) la cual, a su vez, lo revendió a otra sociedad alemana (segundo comprador), la cual lo revendió a una sociedad en Bosnia Herzegovina (comprador final).

La transacción se realizó en un contexto de sospecha creciente hacia la posible contaminación de la carne de cerdo belga con dioxinas, lo que condujo a la aprobación de normas fitosanitarias y medidas administrativas que impedirían la comercialización de la carne producida durante un determinado período (afectado por la sospecha) salvo que se proporcionase un certificado que atestiguase que el producto se encontraba libre de dioxinas. En ausencia de dicho certificado, el producto fue destruido.

Ante la reclamación del primer comprador de la devolución del precio, el problema se planteaba porque, mientras que las entregas se habían expedido entre abril y mayo, y llegado a su destino final en junio, hasta el 11 de junio y el 28 de julio no se aprobaron las medidas, respectivamente, en Alemania y Bélgica. La adhesión del tribunal a su jurisprudencia anterior, en el caso de los mejillones, habría conducido a concluir que, al no tener el vendedor la obligación de conocer la situación en el país del comprador, o en un tercer país, los bienes eran conformes, puesto que así resultaba de la aplicación de las normas fitosanitarias en vigor en el país del vendedor en el momento de la transmisión

157. Así sería, por ejemplo, si aplicásemos cualquiera de los test formulados por la decisión del *Netherlands Arbitration Institute* en su decisión de 15 de octubre de 2002 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>) sobre el producto derivado del petróleo (*Rijn Blend*), al cual aplicó las nociones de «calidad de reventa», «calidad media» y «calidad razonable».

158. Caso CLOUT 774, Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, de 2 de marzo de 2005, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>

del riesgo¹⁵⁹. De hecho, en su razonamiento inicial, el tribunal se adhirió a estas consideraciones¹⁶⁰, probablemente para no derogar expresamente su propia doctrina¹⁶¹. No obstante, prosiguió el tribunal:

Esta circunstancia, sin embargo, no contradice la falta de conformidad de las mercaderías con el contrato tal como fue entendida por los tribunales inferiores; y esto porque la no-conformidad se da, tal como se aclara en el Art. 36 (1), último inciso, CNUCCIM, en el momento temporal en el que se transmite el riesgo si ya existe en este momento aunque sólo después sea perceptible, esto es, si se trata de un defecto oculto¹⁶².

Y aquí es donde se produce el giro, puesto que, aunque el tribunal no lo diga expresamente, la afirmación anterior sólo es posible si (1) se desplaza la relevancia de las normas y medidas fitosanitarias de elementos que *determinan* la falta de conformidad, a elementos que *prueban* la falta de conformidad; y (2) se pasa a una situación donde no es necesario demostrar la falta de conformidad, sino que basta con la existencia de una sospecha para que corresponda al vendedor demostrar la ausencia de defectos.

El primer elemento supone una desviación de la doctrina anteriormente defendida por el tribunal¹⁶³. Con todo, el segundo resulta aún más interesante, en la medida en que el tribunal equipara «sospecha» con «falta de conformidad», y utiliza las medidas fitosanitarias como elemento de graduación que permite la asimilación cuando la cuestión es lo bastante grave¹⁶⁴.

Y ello porque el tribunal únicamente nos asoma a los potenciales problemas en el comercio de productos de alimentación, y a la sensibilidad e inestabilidad de su mercado. Podemos afirmar con relativa tranquilidad que la estructura de intercambio entre vendedor y comprador que se produce en tales casos es distinta a la que el legislador uniforme tenía (o podía tener) en el momento de la redacción, pero también que, normalmente, será difícil resolver el problema

159. También, por cierto, si las normas aplicables hubiesen sido aquellas en vigor en Alemania, la UE, o Bosnia-Herzegovina, como estableció el propio tribunal. Ver sentencia § II.3. c), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>

160. Ver sentencia § II.3. b) para. 2º, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>

161. SCHLECHTRIEM, P, Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 [VIII ZR 67/04], disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html>

162. Ver sentencia § II.3. c), último inciso. Traducción propia de la traducción inglesa del texto.

163. En este mismo sentido, ver SCHLECHTRIEM, P, Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 cit. § II.

164. El tribunal no pudo ser más explícito al afirmar que: «Whether and to what extent the meat delivered to [Buyer] was actually contaminated with dioxin is irrelevant because the suspicion alone, which excluded the marketability, which became apparent later and which was not invalidated by the Seller, has a bearing on the resaleability and tradeability.» (si la carne entregada al [Comprador] estaba realmente contaminada con dioxina, y en qué grado, es irrelevante porque la sospecha por sí sola, que impidió la comercialización, que se manifestó con posterioridad, y que no fue disipada por el vendedor, tiene un peso en la revendibilidad y comerciabilidad).

mediante el recurso exclusivo a la voluntad, expresa o presunta, de las partes, sin los principios de la Convención.

En el caso descrito el tribunal partía de una situación donde la reacción de las autoridades, si bien tardía, había sido clara y unánime. Pero cabe preguntarse qué ocurriría si ninguno de estos dos elementos estuviese presente. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si la aprobación de medidas administrativas tiene lugar sólo en el país del intermediario, o del comprador final, pero no en el país del vendedor¹⁶⁵? ¿Qué ocurre si la «sospecha», aunque en la práctica impida la comercialización de los productos, no se ve confirmada por ulteriores actuaciones administrativas¹⁶⁶? Lo que, en el caso concreto, pareció una solución adecuada ante la rigidez de la doctrina anterior en materia de relación entre normas fitosanitarias y Convención abre la puerta a que una cuestión que debería gozar de cierta estabilidad, como la conformidad, se deje al albur de políticas protectionistas, campañas de desprestigio y chauvinismo. Es decir, como regla general no cabe entender que un vendedor asume el riesgo de la percepción de sus productos en el país del comprador, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario; algo que, probablemente, exigirá un estándar algo más estricto que el aplicado a la legislación fitosanitaria. Es decir, si bien una remisión del comprador a la legislación fitosanitaria basta para entender que el vendedor debe cumplirla, una remisión al estado de opinión de los consumidores no baste para entender que el vendedor se sujeta al mismo.

B. Notificación de defectos

Otro de los elementos clave en los supuestos de defectos en los bienes

165. El profesor SCHLECHTRIEM, en su análisis, plantea esta posibilidad desde el punto de vista donde la inacción de las autoridades en el país del vendedor se ve motivada por la defensa de sus intereses comerciales. Ver SCHLECHTRIEM, P., Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 cit § II, inciso final, pero la divergencia puede estar igualmente motivada por una política proteccionista en el país del comprador, o la simple sobreacción de sus autoridades. Los comerciantes con países como China o Japón tienen presente el primer supuesto, mientras quienes asistimos al problema de los «pepinos españoles» y a la reacción de las autoridades alemanas entre el 25 de mayo y los primeros días de junio de 2011 (con la restricción a su importación y la alarma social a la que dio lugar, sin que existiesen pruebas reales de la presencia de la bacteria *e. coli* en origen, y éstas apuntasen más bien a una contaminación en tránsito) tenemos presente la segunda. Ver http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Pepinos/espanoles/provocan/brote/letal/coli/Alemania/elpepusoc/20110526elpepusoc_15/Tes y <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/05/31/nutricion/1306843950.html>.

166. El tribunal apuntó la posibilidad de que este problema surgiese, aunque afirmó (creemos entrever que con cierto alivio) que no era necesario resolverlo en el caso en cuestión («We also do not need to decide whether the suspicion that certain goods may be harmful to health always represents a breach of contract with regard to foodstuffs. At least if the suspicion - as in this case - has led to public measures that preclude the goods' tradeability, the goods must be viewed as not conforming with the contract for the area of wholesale and intermediate trade»). Ver § II. 3. D) inciso 2º, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>.

entregados es el de la notificación de defectos del comprador al vendedor. La base es simple, en el sentido de que la norma (artículo 39) sólo indica que el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad (esto es, cualquier derecho o acción por incumplimiento) salvo que lo notifique al vendedor, *especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto*¹⁶⁷. Esta disposición ha sido una de las más litigadas de la Convención, y ha servido como base para que muchos tribunales¹⁶⁸ denieguen el ejercicio de cualesquiera derechos a cientos de compradores.

Llegados a este punto, es preciso preguntarse por las presunciones que justifican la norma. Parece claro, y unánime, que el propósito de la disposición es el de evitar la desprotección del vendedor, poniéndolo sobre aviso para que pueda adoptar las medidas oportunas (enviar a sus propios expertos para examinar los bienes, solicitar una segunda opinión, decidir si acepta o rechaza la solicitud de reparación/sustitución/indemnización del comprador, tomar medidas para llevarla a cabo o preparar su estrategia de defensa etc.)¹⁶⁹. La norma, pues presume una situación donde el vendedor *necesita* la notificación para proteger sus derechos. En caso de que conozca, o debiera haber conocido, la falta de conformidad, el artículo 40 de la Convención de Viena indica que el vendedor no podrá alegar la falta de notificación (o notificación defectuosa)¹⁷⁰. Si bien se ha querido limitar el ámbito de esta disposición a los supuestos de dolo o culpa grave¹⁷¹, no hay nada en la disposición que apoye esta interpretación restrictiva¹⁷²; como tampoco lo hay para apoyar otra interpretación restrictiva, que defiende que el «conocimiento» del vendedor debe haberse alcanzado antes de la entrega¹⁷³.

Es decir, los artículos 39 y 40 son disposiciones «gemelas», en el sentido

167. Artículo 39 (1) CNUCCIM.

168. Con especial presencia de los países de la familia civilista germánica (Alemania, Austria y Suiza). *Supra* II.3.

169. Comentario de la Secretaría, UN Doc. A/CONF. 97/5 *Yearbook*, IV (1973), 48; *Official Records*, I, 35; caso decidido por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco), 27 agosto 1999; caso CLOUT no. 48; Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), 8 enero 1993; caso CLOUT no. 284, Oberlandesgericht Köln, 21 agosto 1997; caso CLOUT no. 3; Landgericht München (Alemania), 3 julio 1989.

170. El artículo 40 CNUCCIM establece que: «El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador».

171. ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich *International sales law* Oceana Publications, 1992, p. 164.

172. Para un análisis más detallado que la referencia abstracta a la «simple negligencia» o la «negligencia grave», relativo a los aspectos que incluyen en el «conocimiento» del vendedor, ver RAMOS MUÑOZ, David *The Rules on Communication of Defects in the CISG: Static Rules and Dynamic Environments. Different Scenarios for a Single Player* disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/munoz.html#291>, § VII.2.

173. *Ibidem*. En contra SCHWENZER, Ingeborg in SCHLECHTRIEM, P., *Commentary*, ... *op. cit.*, Art. 40 para. 8, p. 323; NEUMAYER, Karl H./MING, Catherine, *Convention de Vienne*, ... *op. cit.*, p. 309.

de que una se basa en el lado del comprador, evaluando si hubo comunicación, y la otra en el lado del vendedor, evaluando si hubo conocimiento (o, en su defecto, ignorancia negligente). Por desgracia, los tribunales han parecido ignorar ampliamente esta circunstancia, y, nos atreveríamos a decir, la propia existencia del artículo 40.

Estimamos que esta visión no es correcta, y que los tribunales deben prestar atención a la interacción de ambas disposiciones teniendo en cuenta el tipo de relación, y estructura de intercambio, presente entre las partes¹⁷⁴. Si se trata de una situación de las denominadas «contrato spot», donde los caminos de las partes se cruzan puntualmente, el artículo 39 CNUCCIM adquiere toda su relevancia, pues, ciertamente, en su ausencia, el vendedor quedaría desprotegido. Por el contrario, en situaciones donde el tipo de transacción, o el contexto comercial exija una mayor interacción, y añada un componente cooperativo por ambas partes¹⁷⁵, parece más lógico que el análisis no sea unilateral, haciendo bascular todo el peso del examen sobre el comprador, y el cumplimiento de su obligación de notificar, sino que sea equilibrado, a través de la evaluación, conjunta y sopesada, del comportamiento de comprador y vendedor, para concluir cuál de ellos es principalmente responsable del desfase informativo¹⁷⁶.

Por suerte, en este caso la flexibilidad en la formulación de ambas disposiciones permite su adaptación a los diferentes contextos, sin necesidad de afirmar que su conducta, contexto y estructura de intercambio es «contraria» a la presumida por la norma. Pero el problema reside en el contenido simétrico de las disposiciones, que parece exigir su ajuste dependiendo de la estructura de la relación de las partes.

4. DERECHOS Y ACCIONES POR INCUMPLIMIENTO

A. *Responsabilidad, cumplimiento y ajuste contractual*

Pasemos ahora al ámbito del caso número 4, el de la cadena de montaje.

174. RAMOS MUÑOZ, David The Rules on Communication of Defects in the CISG: Static Rules and Dynamic Environments. Different Scenarios for a Single Player *op. cit.* § VIII.

175. Pensemos, por un lado, en el supuesto donde la transacción se enmarque en una relación de distribución, donde a la obligación de información periódica del comprador se une la obligación del vendedor (también periódica) de interesarse por el estado de la cuestión. Dependiendo de qué «turno» se trate, puede ser el comprador, pero también el vendedor, quien esté faltando a su deber, y ello podría dar pie a considerar que, en unos casos, el comprador no ha notificado correctamente, pero, en otros, que el vendedor ha ignorado la situación bajo su cuenta y riesgo. Pensemos, por otro, en el supuesto de entrega de una maquinaria que requiere montaje, instalación y asistencia técnica. Durante el montaje y la instalación los operarios se muestran inseguros sobre el estado de la maquinaria y su instalación. Después de marcharse, dejando al comprador para que siga con los test por su cuenta, el vendedor no se pone en contacto ni una sola vez para asegurarse de que todo está bien. Puede ser que los operarios no hayan comunicado la eventualidad a sus superiores, pero resulta difícilmente justificable que la responsabilidad por esta circunstancia se pueda hacer revertir sobre el comprador por no haber notificado los defectos.

176. RAMOS MUÑOZ, David The Rules on Communication of Defects in the CISG: Static

En su momento analizamos los diversos dilemas que presentaba desde el punto de vista de la uniformidad, en su sentido más «típico», debido por un lado a la indefinición de los conceptos clave («impedimento», por ejemplo), y las diversas formas en que las culturas jurídicas han entendido problemas análogos.

Pero, entendemos, hay un segundo nivel, más profundo, en el que el caso presenta interés. Frente a una compraventa «simple», donde se entregan bienes terminados, que cumplen, o no, un estándar de conformidad, el ejemplo nos muestra que, en la práctica, muchas compraventas no se ajustan a este esquema. En estas transacciones, la respuesta a la pregunta de si ha habido incumplimiento exige responder antes a la cuestión previa de en qué consistía la obligación.

Frente a los supuestos de falta de entrega, donde el incumplimiento es claro, los de falta de conformidad presentan al jurista con la necesidad de determinar aquello a lo que la parte (en este caso, el vendedor) se ha obligado. Y, en el caso de la cadena de montaje, no está claro. ¿Es a hacerla funcionar, a hacerla a funcionar a «plena capacidad», o a poner todos los medios razonables para que funcione a «plena capacidad»? Incluso, una vez aclarado, restaría determinar qué es «plena capacidad», y qué comportamiento exige del vendedor.

La Convención, pues, no elimina completamente el debate sobre el estándar de conducta de las partes, sino que lo circunscribe al examen de la naturaleza de la obligación. Para que surja la responsabilidad sólo es preciso que haya incumplimiento de dicha obligación, sin necesidad de probar un elemento «externo» a la obligación, como la culpa. Pero la propia Convención no equipara estas obligaciones con un resultado, y, así, por ejemplo, la obligación de entrega consiste en poner los bienes «en poder del» primer porteador, o «a disposición del» comprador¹⁷⁷, y la de pago, en «adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago»¹⁷⁸. Más allá de ello, las partes pueden darse a sí mismas aún más maniobrabilidad, al configurar las obligaciones contractuales distinguiendo entre obligaciones de medios y de resultado¹⁷⁹.

La cuestión reside en afrontar los supuestos complejos, como en el ejemplo 4, donde por su naturaleza, el contrato contempla una combinación de obligaciones de medio y de resultado, pero, al mismo tiempo, las partes no han «regulado» la calificación de las mismas, ni las implicaciones para la responsabilidad. En circunstancias semejantes, entendemos, no basta con aplicar, por ejemplo, las reglas del artículo 35 CNUCCIM de manera rígida. Habrá, primero, que interpretar la voluntad de las partes para entender la naturaleza conferida a la

Rules and Dynamic Environments. Different Scenarios for a Single Player *op. cit.* § VII-VIII.

177. Artículo 31 (a) (b) y (c) CNUCCIM.

178. Artículo 54 CNUCCIM.

179. Los Principios de UNIDROIT establecen esta distinción de manera expresa en el artículo 5.1.4, y, simplemente, denominan la obligación «de medios» como obligación «de mejores esfuerzos».

obligación; y, segundo, en los supuestos donde la obligación no sea de resultado, aplicar la Convención por vía de principios, para determinar, por ejemplo, la diligencia de una persona razonable¹⁸⁰.

La comprensión de la dimensión «simbiótica» que debe, necesariamente, adquirir la solución a un supuesto complejo como éste conlleva, a su vez, la pérdida de importancia de cuestiones como la teórica aplicación del «impedimento» del artículo 79 CNUCCIM a los supuestos de falta de conformidad. En muchos casos, el problema residirá en la configuración de la obligación, y el significado de los principios de la Convención.

Los últimos dos problemas que planteaba el ejemplo 4 también se beneficiarían de una perspectiva «simbiótica», como la aquí sostenida, aunque, en este punto, la polémica está servida. Aquí sostenemos, por un lado, que la que establece el derecho al cumplimiento específico es una regla rígida, no aplicable a todos los supuestos. Pensemos detenidamente: afirmar que una parte tiene derecho al cumplimiento de la obligación parte de la presunción de que resulta posible establecer, sin dudas, a un tercero, en qué consiste esa obligación.

Pero puede haber obligaciones que, por ser complejas, o por implicar un comportamiento de estándar «abierto», no permiten ordenar su cumplimiento. A ello no se puede objetar que el problema es que la obligación no está lo suficientemente definida, y, por ello, no existe, pues el vendedor se ha considerado vinculado por ella en todo momento. Se trata, pues, de si el derecho «secundario» al cumplimiento es posible o razonable, no de si existe el derecho «primario» y su correlativa obligación. Los supuestos donde el problema radica en la falta de conformidad complican aún más el problema; porque la obligación «abstracta» de conformidad permanece, y es susceptible de cumplimiento específico, pero la obligación «concreta» en que se plasma, se transforma, pasando de ser una obligación «de entregar bienes conformes» a una obligación «de sustituir/ reparar bienes no conformes». Y esta segunda obligación concreta, frente a la primera, sólo es determinable indirecta (no directamente) a través del contrato¹⁸¹.

Es decir, en casos complejos como el del supuesto, podemos ser concluyentes al afirmar que hay una obligación, y afirmar, de manera igualmente concluyente, que no es posible hacer cumplir dicha obligación sin un acto de especificación¹⁸². Dicho acto, en atención al principio de buena fe (artículo 7 [1] CNUCCIM), deberá ser cooperativo, o, al menos, no abusivo.

180. Tal es la solución que, expresamente, establece el artículo 5.1.4. (b) de los Principios de UNIDROIT, y que se encuentra en línea con los principios de la CNUCCIM.

181. Es decir, frente al supuesto donde se trata de determinar en qué consiste la obligación, lo que requiere una interpretación del contrato (a la luz de la Convención) los casos de falta de conformidad plantean el problema de que la obligación del vendedor debe determinarse mediante la suma de (1) el contrato (que ayuda a establecer la idea que las partes tenían originalmente de la obligación), y (2) la falta de conformidad (que ayuda a aislar el problema, y, por tanto, a establecer la actuación correctora concreta).

182. El artículo 46 (3) da la clave, al afirmar que «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstan-

La objeción de que basta con denegar el cumplimiento específico, por no ser éste posible o razonable, y otorgar daños y perjuicios, no arregla el problema, sólo lo pospone. Y ello porque, con el mismo propósito de evitar abusos, el principio/deber de «mitigación», del artículo 77 CNUCCIM¹⁸³, exige del perjudicado que adopte el curso razonablemente más adecuado para reducir la pérdida¹⁸⁴. Este principio opera como contrapeso del principio de «compensación plena» del artículo 74 CNUCCIM¹⁸⁵ para los daños y perjuicios, como la exclusión en casos «irrazonables» opera respecto del derecho al cumplimiento.

Y, en este caso, la pregunta de si la petición del comprador es irrazonable (cumplimiento específico) se sustituye por la pregunta de si dicho comprador actuó de manera razonable (daños y perjuicios) y sigue siendo igualmente difícil de responder, cuando la actuación exigida de ambas partes es compleja y abierta.

Así vemos que el esquema de la Convención está concebido para facilitar la función clásica de adjudicación *retrospectiva*, donde el juzgador sólo debe decidir entre varios resultados ciertos, atendiendo a la conducta pasada de las partes. Los supuestos donde la configuración de las obligaciones es tan compleja escapan a esta lógica, pues tiene un componente de «dirección» u ordenación *prospectiva* de la conducta futura de las partes¹⁸⁶. No hay nada endémico en la figura del juzgador (juez o árbitro) que impida esta función¹⁸⁷. Antes al contrario, la voluntad de las partes, plasmada a la hora de configurar su relación, y los principios de la Convención, parecen exigirlo en algunos casos. ¿Qué son, si no, los supuestos donde el tribunal aplica la denominada «cláusula *rebus sic stantibus*»? Lo que este ejemplo pone de manifiesto es que la frontera entre

cias», idea que se reitera en el artículo 7.2.2 (b) y (c) de los Principios de UNIDROIT. Pero, sin necesidad de recurrir al criterio de la razonabilidad, el cumplimiento específico debe, necesariamente, partir de un *prius*, como es la *posibilidad* del mismo [idea que, aunque obvia, se establece expresamente en el artículo 7.2.2 (a) de los Principios de UNIDROIT], y habrá casos donde, en ausencia de concreción de la actuación correctora, no sea posible determinar en qué consiste el cumplimiento; y, por ende, cualquier amenaza de sanción por incumplimiento del decreto judicial sería inválida, por no respetar el principio de certeza y tipicidad.

183. El artículo 77 CNUCCIM afirma que: «La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento»

184. El artículo 77 establece, por si acaso, una regla de cierre, de modo que «Si (el perjudicado) no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

185. El artículo 74 CNUCCIM establece que: «La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento.» En cuanto al principio de compensación plena (*full compensation*) ver CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74 *op. cit.* para. 1.1.

186. Esta distinción ya fue realizada por Lon FULLER, en el marco del remedio del cumplimiento específico. FULLER, Lon «The Form and Limits of Adjudication» *Harvard Law Review* Vol. 92 (1979) pp. 404-405.

187. *Ibidem*.

adjudicación y gestión es menos nítida de lo que se piensa, y el papel de la segunda menos excepcional de lo que pueda parecer.

Así pues, si la lógica del intercambio de las partes impiden aplicar, tal cual, la regla del cumplimiento específico en forma de reparación y sustitución (sujeto a los principios de posibilidad y razonabilidad) o los daños y perjuicios (sujetos al principio de mitigación) cabrá entender que las partes, al configurar su relación de forma más abierta y flexible, toleran un papel más activo del juzgador en la configuración y alteración de las obligaciones.

Sobre esta base, no es la falta de principios interpretativos lo que impide la actuación del juzgador. La Convención transpira deberes de cooperación y comunicación¹⁸⁸, estrechamente relacionados con el principio de buena fe¹⁸⁹; lo que permite que el juzgador someta el problema a la confrontación de las propuestas alternativas de las partes, con posterior negociación.

Este proceso permitirá alcanzar la certeza necesaria para otorgar el cumplimiento o los daños; de modo que el juzgador podrá articular una solución partiendo de los puntos de solapamiento o acuerdo de las propuestas, y, caso de no haberlo, valorar el cumplimiento o incumplimiento del deber de cooperación y comunicación a la hora de inclinarse por la solución de una de las partes, o aportar la suya propia¹⁹⁰.

Si se piensa detenidamente, es una solución coherente con la estructura de la CNUCCIM y sus principios. Las posibles objeciones tienen que ver no con la función constitucional del juzgador¹⁹¹, sino con la falta de preparación del juez en la práctica, argumento que, entendemos, ni tiene validez jurídica, ni se corresponde con la realidad¹⁹².

188. HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales op. cit.* § §100, 160, 170.3, 170.4.

189. PERALES VISCASILLAS, M. P., «Article 7». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; PERALES VISCASILLAS, M. P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary op. cit.* para. 27, p. 122.

190. Éste es el mismo proceso, *mutatis mutandis*, que prevé expresamente el artículo 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT, para los supuestos de «excesiva onerosidad». El objetivo de estas líneas ha sido el de demostrar que la misma solución es posible en el marco de la Convención, no sólo para la excesiva onerosidad, sino para aquellos supuestos donde existen dificultades de determinación que afectan no a la obligación, sino al remedio ante su incumplimiento. Ello sólo requiere entender las presunciones que realiza la norma sobre la relación de las partes, y diferenciar las reglas concretas de la Convención, y sus principios informadores.

191. Si la función de los jueces y tribunales es la de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», como indica el artículo 2 (1) de la Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial, la de «juzgar» es lo bastante amplia como para abarcar decisiones puramente adjudicativas, o bien de gestión. El tipo de decisiones que aquí se describen no se diferencian de los autos y providencias dictados por el órgano para, por ejemplo, administrar el proceso probatorio.

192. Las decisiones de «gestión» de un proceso de cambio contractual revisten un carácter infinitamente menos complejo que las propias de un procedimiento concursal, lo que no ha conducido a excluir el concurso de entre las materias sometidas al conocimiento de jueces y tribunales. Asimismo, cuando las partes someten este tipo de disputas (las contractuales) a arbitraje, los árbitros deciden y gestionan el cambio, pero la decisión debe ser, posteriormente, objeto de ejecución por los tribunales ordinarios. Sobre el

Por tanto, la combinación, por un lado, de la configuración que en la Convención recibe el principio de conformidad (en forma de deberes primarios y secundarios), y, por otro, de la articulación por las partes de una relación contractual que no cumple con la presunción de certeza y determinabilidad ínsita en la norma, puede conducir a que la solución coherente con la simbiosis de ambas sea la articulación, por el juzgador, y de conformidad con los principios/deberes de conformidad, *pacta sunt servanda*, cooperación y comunicación, del cambio contractual como resultado del trastorno en la relación.

B. Resolución y daños y perjuicios

Antes se han analizado los problemas que planteaba el caso n° 4, partiendo de los conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran en la base de las disposiciones de la Convención sobre resolución y daños y perjuicios, y de cómo su interpretación podría verse afectada por las concepciones previas de los sistemas nacionales. Pero ese no es el único problema para el principio de interpretación uniforme.

Si nos detenemos en la cuestión de la cancelación del contrato de *commodities*, antes de realizar el análisis que apuntábamos en una sección anterior¹⁹³ es preciso solucionar un problema anterior de «clasificación». Es decir, en los contratos de *commodities* no queda claro si el problema reside en (1) aplicar las reglas de la CNUCCIM basadas en el incumplimiento esencial y el plazo razonable, y, a partir de ahí, interpretar el significado de dicho incumplimiento esencial en el contexto del mercado de las *commodities*, o bien en (2) entender que el tipo de relación de las partes posee una lógica interna diferente a la presumida por la Convención, que se inspira en el principio de *favor contractus*, el cual puede ser contrario a la lógica que rige en este tipo de mercados y transacciones.

La primera opción «conciliadora» es la defendida por los intérpretes de la Convención, que tratan de sostener la virtualidad de su aplicación a los contratos de *commodities*¹⁹⁴, y por textos uniformes posteriores, como los Principios de UNIDROIT, que tratan de hacer un guiño al sector: por un lado, mantienen el concepto de «incumplimiento esencial» como principio ordenador de la reso-

análisis de este tipo de funciones más dinámicas, que contribuyen a la ordenación de la relación de cara al futuro, ver RAMOS MUÑOZ, David «Power of Arbitrators to Make Pro-Futuro Orders» En *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration* Juris Publishing, 2011, pp. 91-122; RAMOS MUÑOZ, David *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Fasc. 3/2008, pp. 659-722; FULLER, Lon, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review* Vol. 92 (1978) pp. 391-392; CHAYES, Abram, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, *Harvard Law Review* Vol. 89 (1976) pp. 1299-1300.

193. *Supra* II.D.

194. CISG-AC Opinion no 5, *The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents* 2005, para. 4.17; SCHLECHTRIEM, P., *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html>; SCHLECHTRIEM, P., *Interpretation, gap-filling and further development of the UN Sales Convention*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem6.html>.

lución, común a todos los casos¹⁹⁵. Por otro, incluyen una definición más amplia de este concepto, de modo que, para valorar si existe un incumplimiento esencial, junto con la tradicional «privación sustancial» de las expectativas legítimas¹⁹⁶, se valoran otros elementos, como si *la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato*¹⁹⁷.

Pero, aunque en los Principios de UNIDROIT se intente introducir «calzador» este criterio dentro del universo del incumplimiento esencial, no podemos evitar preguntarnos si, y cuánto, es posible estirar los conceptos sin romperlos. Porque, en el caso de la «ejecución estricta», no queda claro si lo que se está pidiendo al juzgador es tanto que «valore» si el hecho de la ejecución estricta era «esencial», como que «acepte» la caracterización realizada por las partes. Y, si es lo segundo, no se trata tanto de una (re)interpretación del concepto de incumplimiento esencial, como de la exclusión del mismo, y el establecimiento de un sistema de «dos vías» para la resolución; con lógica distinta: una, objetiva y sustancialista, basada en la gravedad del incumplimiento; otra, formalista, basada en el examen estricto del cumplimiento de determinadas condiciones, y basada en la voluntad de las partes, los usos del sector, o el contexto comercial en general. Una, trata de ponderar las circunstancias de ambas partes¹⁹⁸, y, por ello, constituye la regla principal y supletoria; la otra, de favorecer la certeza jurídica en determinadas situaciones, y, por ello, es de aplicación en casos específicos.

La hipótesis favorable al sistema de resolución de «dos vías» en los Princi-

195. Artículo 7.3.1 de los Principios de UNIDROIT *«Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial»*.
196. Siempre que sea previsible para el incumplidor. El artículo 7.3.1. (a) indica que, para considerar un incumplimiento como esencial, se tendrá en cuenta si «el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;», formulación exactamente igual que la de la CNUCCIM (ver su artículo 25).
197. Artículo 7.3.1 (b) Principios de UNIDROIT. Por si acaso el «guiño» no fuese lo bastante explícito, el Official Comment de la disposición indica que: *«Paragraph (2)(b) looks not at the actual gravity of the non-performance but at the nature of the contractual obligation for which strict performance might be of essence. Such obligations of strict performance are not uncommon in commercial contracts. For example, in contracts for the sale of commodities the time of delivery is normally considered to be of the essence, and in a documentary credit transaction the documents tendered must conform strictly to the terms of the credit»*.
198. En este sentido, la propuesta de los Principios de UNIDROIT completa la regla del artículo 25 de la CNUCCIM, al añadir a la exigencia de la «privación sustancial» (que pondera el interés del perjudicado) y la previsibilidad (que pondera el interés del incumplidor) elementos como si *«el incumplimiento fue intencional o temerario;»* (ayuda a corregir a la baja el interés del incumplidor) si *«el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;»* (pondera el interés del perjudicado), o si *«la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento»* (pondera el interés del incumplidor). Ver artículo 7.3.1. (c) - (e).

prios de UNIDROIT adquiere fuerza cuando se comprueba que una de las modificaciones introducidas en los Principios en su nueva versión de 2010 ha consistido en la introducción de las disposiciones en materia de «Condiciones», o, más bien, «obligaciones condicionales»¹⁹⁹, que se dividen en «condición suspensiva» y «condición resolutoria»²⁰⁰. Si bien esta clasificación no es ajena al Derecho de los países civilistas²⁰¹, plantea el riesgo claro de servir de puerta de entrada al sistema de resolución basado en la distinción entre *conditions* y *warranties* del *common law*, y a hacer depender la solución de un supuesto de resolución mediante esta técnica (más permisiva), o la del incumplimiento esencial (más restrictiva) de la decisión previa del tribunal sobre si las partes han pactado, o no, una condición resolutoria.

La cuestión, en todo caso, si bien objetable, quedaría así solucionada, de no ser porque no está claro si, en este caso, las disposiciones de los Principios de UNIDROIT entrarían en juego. Esta pregunta debe plantearse en el marco de las dos posibles soluciones. Una pasa por interpretar *exclusivamente* la intención de las partes (relativa al cumplimiento estricto como condición resolutoria), solución «derogatoria» (basada en los artículos 6 y 8 CNUCCIM). Otra pasa por la interpretación de la cláusula como una exclusión parcial del requisito del incumplimiento esencial, para, a continuación, rellenar el hueco mediante la interpretación conjunta de la voluntad de las partes y los principios de la Convención, solución «simbiótica» (basada en los artículos 6, 8 y 7 CNUCCIM).

Los Principios servirían de complemento a la voluntad contractual, en un caso, y legislativa en otro²⁰²; pero, antes de usarlos, hay que determinar la compatibilidad de la estructura de intercambio de las partes con los principios de la Convención.

La respuesta no está clara. Las «dos vías» (formalista y sustancialista) para la resolución no son desconocidas en el esquema de la Convención; que, junto con la exigencia del incumplimiento «esencial», acoge la posibilidad de resolver por transcurso de un plazo suplementario²⁰³, de modo que la parte perjudicada no debe demostrar que dicho transcurso convierte el retraso en esencial, sino sólo que el plazo ha transcurrido²⁰⁴.

199. Artículos 5.3.1 a 5.3.5 de los Principios de UNIDROIT.

200. Artículo 5.3.1. de los Principios de UNIDROIT.

201. Véase los artículos 1113 y siguientes del Código civil español.

202. En el caso de la excesiva onerosidad, el problema residía en determinar si este supuesto era compatible con la definición de «impedimento» por la Convención, o, incluso, si la estructura «abierta» de las obligaciones de las partes excluía la «certeza» presumida por la norma a la hora de diseñar sus disposiciones sobre cumplimiento, daños y exoneración, y permitía la aplicación de la Convención por vía de principios. Alcanzada una respuesta positiva a cualquiera de las dos preguntas, los Principios de UNIDROIT podían entrar como suplemento, siempre y cuando fuesen compatibles con los propios principios derivados de la CNUCCIM, según su artículo 7 (2), derivados de la interpretación teleológica de la misma. *Supra* II.2.C y III.4.A.

203. Artículos 47 (1) y 49 (1) (b) y 63 (1) y 64 (1) (b) CNUCCIM.

204. Caso CLOUT n° 846 [U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, Estados Unidos, 19 julio 2007].

Pero, y aquí hay una precisión importante, la Convención precisa que el plazo otorgado debe ser «razonable»²⁰⁵. Es decir, la solución «estricta» o «formal» es admisible en la Convención, pero no significa «carta blanca» para su ejercicio indiscriminado. Ello parece coherente con el principio de buena fe²⁰⁶. Por tanto, entendemos, sería posible excluir la exigencia de incumplimiento esencial y su bagaje interpretativo, o aceptar que se gradúe dicho cumplimiento esencial en función de la relevancia del cumplimiento estricto. Pero el principio subyacente a la exigencia de incumplimiento esencial no puede estirarse hasta dar cabida a la denominada «resolución oportunista»; admisible bajo el Derecho inglés²⁰⁷, por ejemplo, pero imposible de insertar en la lógica de la Convención.

La respuesta, entendemos, no sería muy distinta bajo la hipótesis «derogatoria». Entendamos que el principio de buena fe es imperativo y no puede ser excluido, o que sí puede ser excluido, pero que, entonces, se excluye totalmente la Convención y se aplica el Derecho interno supletorio²⁰⁸, la Convención y las soluciones contrarias a la buena fe no son compatibles.

La misma lógica cabe aplicar a los otros dos supuestos de «cancelación», «terminación» o «resolución» que se plantean en el supuesto. La «comunicación» del incumplimiento de un contrato a otro es cuestión que se establece, habitualmente, en cláusulas de «incumplimiento cruzado» (*cross default*), aunque también podría demostrarse que las características de la relación permiten la aplicación del principio subyacente a las disposiciones en materia de «incumplimiento anticipado» o previsible²⁰⁹.

De nuevo, el control serían los principios subyacentes de la Convención, como la exigencia de que la probabilidad de incumplimiento resulte «manifiesta» o «patente», el deber de comunicación, o la exigencia de aceptar seguridades «suficientes» del cumplimiento²¹⁰; así como el principio de buena fe.

En el caso del contrato a largo plazo, que planteaba el problema adicional del desistimiento, la solución «simbiótica» permite leer la solución en un plano más lógico. Primero, será preciso interpretar la voluntad de las partes en su contexto comercial, y comprobar si dicha voluntad es favorable o contraria a la ausencia de mecanismos para deshacer una relación contractual a largo plazo, incluso indefinida. De la respuesta dependerá la exclusión parcial de las reglas en materia de resolución. Más allá de ello, resulta difícil afirmar con rotundidad si los principios de la Convención son, o no, compatibles con el desistimiento.

Parece que, en principio, la Convención tiene como base la figura de la «resolución», distinta de la del «desistimiento» unilateral, en tanto en cuanto

205. Artículos 47 (1) y 63 (1) CNUCCIM.

206. Artículo 7 (1) CNUCCIM.

207. BRIDGE, «M., Uniformity and Diversity in the Law of International Sale» *op. cit.* pp. 66-67.

208. *Supra* III.2.A.

209. Artículos 71-72 CNUCCIM.

210. *Ibidem*.

exige una serie de requisitos²¹¹. La cuestión es en qué medida dichos requisitos serían compatibles con la exigencia de «incumplimiento esencial» de la Convención. Y aquí, antes de nada, hay que destacar que, si bien en gran medida el razonamiento es paralelo al que realizábamos en relación con los contratos de *commodities* (donde se admitía el «desplazamiento» del incumplimiento esencial, sujeto a algunos límites) no podemos olvidar que, en ese caso, la naturaleza del tráfico de *commodities*, respaldada por los usos y prácticas, tenía un sentido muy claro, y uniforme, que apuntaba hacia el énfasis en el incumplimiento estricto y la resolución «formalista».

Frente a esta uniformidad, en el caso de los contratos a largo plazo resulta más difícil apreciar que la terminación por causas distintas al incumplimiento sea algo «intrínseco a», o «propio de» la naturaleza y finalidad de tales contratos²¹². En segundo lugar, aceptar la exclusión parcial de la regla de la Convención no conllevaría automáticamente que la aplicación de sus principios fuese a transformar el requisito de «incumplimiento esencial» en algo diferente. Por ejemplo, la denominada «resolución por justa causa» de los contratos a largo plazo fue una de las propuestas de articulado adicional que trataron de introdu-

211. Es decir, encontraríamos un problema similar al de las compraventas de *commodities*, en la medida en que la aplicación de la Convención por vía de principios puede conducir a valorar la existencia de incumplimiento esencial sobre la base de la importancia del cumplimiento estricto, incluso a aceptar la exclusión del requisito del incumplimiento esencial, pero no a la presencia de un derecho unilateral a poner fin a la relación sin el más mínimo control por el principio de razonabilidad y de buena fe. En este punto, las conclusiones serían las mismas.

212. Si bien el análisis de la perspectiva de la parte que desea poner fin al contrato nos suele conducir invariablemente a entender que ésta no debe encontrarse atada a un mismo contrato por tiempo indefinido, el análisis de la parte que desea mantener la relación nos conduce a la conclusión opuesta; a entender que el fin de la relación comportaría no sólo la pérdida inmediata de un suministro o un margen de beneficio, sino de las inversiones realizadas, y las ventajas del aprendizaje y la especialización, y, con ello, a justificar el cumplimiento específico de la obligación. Así sucede en el caso del *Uniform Commercial Code*; el cual, pese a su tradición anglosajona, que considera al cumplimiento específico como un remedio excepcional, y así se traduce en la Section 2-716 (1), entiende que el supuesto de *output contracts* y *requirement contracts* es, precisamente, uno de los que se considerarían cubiertos por la excepción, y así se refleja en el *Official Comment* de la misma sección, para. 2, que refleja la jurisprudencia en esta materia (ver, por ejemplo, *American Smelting & Ref Co v Bunker Hill & Sullivan Mining & Concentrating Co*, 248 F. 172, 182-183 (D. Ore 1918) (mineral de galena); *Eastern Rolling Mill Co v Michlovitz*, 157 Md. 51, 65-69, 145 A. 378, 383-385 (1929) (acero); *Hunt Food v D'Odisho*, 98 F. Supp. 267 (N.D. Cal. 1951) (melocotones); *Michigan Sugar Co v Falkenhagen*, 243 Mich. 698, 220 N.W.760 (1928) (azucarillos). y, el más famoso, *Campbell Soup Co. v Wentz*, 172 F.2d 80 (3d Cir. 1948). Lo cierto es que, en los supuestos de contratos a largo plazo, lo que ocurre es que «las apuestas suben» de modo que el perjuicio para la parte que lo sufre es superior al existente en un contrato a corto plazo. Ello exige, más que basarse en la situación de una sola de las partes, ponderar la situación (de hecho, los casos arriba citados tenían en cuenta aspectos como la capacidad de la parte perjudicada por el repudio de aprovisionarse a través de otra fuente, y otorgaban el cumplimiento específico sólo en caso de dificultad en este punto).

cirse en la edición de 2010 de los Principios de UNIDROIT²¹³. Es significativo que, ya con propuestas sobre la mesa, se abandonase la idea.

Pretender, pues, que la solución que no tenía el suficiente consenso para ser introducida como regla específica *de los Principios*, sea «lógicamente deducible» de los principios de la Convención, en un supuesto donde la regla concreta ha sido excluida, parece más un ejercicio de ciencia jurídica ficción.

Más sólida se presenta la hipótesis consistente en afirmar que el marco contractual de las partes sí puede conducir a interpretar en sentido más amplio el principio subyacente a los artículos 71 y 72 CNUCCIM, de modo que un deterioro de la relación contractual puede hacer que sea previsible el incumplimiento futuro de la otra parte, y así otorgar el derecho a suspender la propia prestación, exigir garantías, o resolver el contrato. Pero ni la Convención, ni sus principios, contemplan algo como la «pérdida de confianza» o el «desgaste mutuo» como causa de resolución, ni parece que sea algo que podamos prever.

En cuanto a los problemas asociados a los daños y perjuicios que planteaba el caso, la solución «simbiótica», a diferencia de otros escenarios, probablemente no aportaría gran cosa. Y ello por un motivo. Las disposiciones específicas en materia de daños de la Convención, especialmente sus artículos 74 y 77, no son tanto reglas como principios interpretativos. Esto es, no se centran tanto en indicar cómo se determina el resultado, qué categorías de daños se incluyen, etc., como en afirmar que todos los daños (daño emergente y lucro cesante) son indemnizables, sujeto a la causalidad, previsibilidad, y deber de «mitigar» (reducir) la pérdida.

En un contexto como éste, el que la hipótesis de pérdida de volumen de ventas esté «fuera» de la lógica del artículo 75 CNUCCIM²¹⁴, pierde importancia, porque la flexibilidad del artículo 74 lo sigue admitiendo²¹⁵. Igualmente, en relación con el cálculo de los daños conforme a una compra de replazo anterior a la resolución²¹⁶, aplicaríamos el artículo 74 en vez del 75, con la

213. Ver, en este sentido, *Draft Chapter on Termination of Long Term Contracts for Just Cause* UNIDROIT 2009 Study L - Doc. 109 January 2009.

214. *Supra* II.2.D. El artículo 75 gira en torno a la asunción de que la parte perjudicada, después de la resolución, suscribe una transacción de replazo, y, caso de ser el vendedor, vende sus bienes a otra parte, a quien no habría vendido de no ser por la cancelación de la primera transacción. En la pérdida de volumen de ventas la hipótesis distinta, pues el vendedor tiene, digamos, «exceso de capacidad», de modo que, si A es la parte con quien tenía el contrato cancelado, y B la parte a la que acaba vendiendo los bienes, habría podido suministrar a A y B a la vez. Además, el suministro a B no tiene relación con la previa cancelación con A; cuyo ejemplo más claro sería, por ejemplo, aquél donde el contrato con B fuese anterior, simultáneo, o ligeramente posterior al de A (aunque bastaría que el vendedor demostrase que el contrato con B no era una consecuencia de la cancelación de A). Ver RAMOS MUÑOZ, David «La pérdida de volumen de ventas como daño indemnizable» *op. cit.* pp. 75-78, 89-99.

215. No es necesario buscar un «principio subyacente» al artículo 75, que permita su aplicación aun cuando la regla específica ha sido excluida. Basta con aplicar el 74.

216. *Supra* II.2.D.

adición de que el artículo 77 CNUCCIM permitiría reducir la indemnización cuando se entendiese que el precio de la supuesta transacción de remplazo es excesivo, sea cual sea su momento de conclusión, y ahí se podría utilizar como medidor el precio en el momento de la resolución; de modo que el momento temporal de la transacción perdería relevancia (no es un elemento «esencial» a los principios subyacentes) frente al precio relativo de la misma (que sí lo es).

IV. CONCLUSIONES

Abriamos el presente trabajo reivindicando la relevancia que las situaciones prácticas tienen, en general, en el desarrollo del Derecho, y, en particular, en el Derecho de contratos. Y, de este modo, proponíamos una serie de casos que pretendían servir de hilo conductor a los problemas objeto de estudio. Si bien ha sido el objetivo demostrar la verdad de esta primera premisa, que ha servido de cara de la moneda, esperamos que el trabajo haya servido para demostrar también su cruz: esto es, que la correcta resolución de los problemas prácticos requiere de una sólida elaboración teórica. Y no podíamos haber elegido un campo de estudio donde esta necesidad resulte más patente que el principio de interpretación uniforme en el Derecho Mercantil Internacional, y, más en concreto, en el contexto de su buque insignia, la Convención de Viena.

Frente a las soluciones *ad hoc*, estrictamente basadas en los hechos, los Derechos nacionales proponen una serie de clasificaciones, conceptos y técnicas, cuya dogmática aporta coherencia a unas soluciones con otras. Pero esta dogmática corre el riesgo de convertirse en dogmatismo, cuando los órganos judiciales, con sus ideas preconcebidas, destiladas tras años de estudio, afrontan la aplicación de un instrumento «nuevo», y con su propia estructura lógica, como la Convención de Viena.

El riesgo es especialmente inminente en aquellos casos donde, por la complejidad de los intereses en juego, y la imposibilidad de abarcar todas las situaciones, el legislador uniforme confía en los conceptos jurídicos indeterminados. En tales casos, recordar la necesidad de dar un paso atrás, para comprender la dinámica casi «orgánica» de la Convención y la interacción de sus principios, no es una reacción instintiva, pero sí, por suerte, cada vez más frecuente y al alcance de más jueces. Y así esperamos haberlo demostrado en el frontón dialéctico de la Sección II, a lo largo de los casos elegidos como banco de pruebas.

«Uniforme», sin embargo, no significa «monolítico». Y, de este modo, se ha intentado poner de manifiesto en la Sección II, que, si bien la igualdad subyacente a la uniformidad conlleva que, parafraseando a Orwell, no deben existir jueces ni países «más iguales que otros», sí que existen transacciones que, simplemente, son diferentes unas de otras; por sus términos, por la relación de las partes, y por su estructura de intercambio, y el mismo principio de igualdad exige que sean tratadas de manera distinta.

En el plano de las grandes categorías hemos distinguido las compraventas de *commodities*, o los contratos «relacionales», pero sin incurrir en el reduccio-

nismo de pretender clasificar las «compraventas» en compartimentos estancos, pues en los propios detalles de una transacción podemos encontrar rasgos distintivos. Muchas de estas particularidades «caben» dentro de las reglas específicas de la Convención, pues éstas han sido diseñadas para abarcar un elenco formidable de situaciones. Pero es preciso ser también honesto, y reconocer que ciertas especificidades de la relación de las partes, pueden situar a ésta no sólo fuera de las situaciones reguladas (lagunas) por la Convención, sino en abierta contradicción con la lógica subyacente que inspira sus disposiciones (lagunas voluntarias).

A lo largo de esa misma Sección se intenta pacientemente demostrar que no es lógico que, en un ámbito donde prima el principio de autonomía de la voluntad, el primer tipo de situaciones reciban respuesta a través de los principios de la Convención, y que las segundas se queden en una especie de «limbo», donde la voluntad de las partes es insuficiente para establecer una «regulación» alternativa del problema, y los principios de la Convención no se aplican por el mero hecho de ser la voluntad de las partes contraria a, o incompatible con, algunas reglas específicas. Principios y reglas son distintos, y la exclusión de unas no comporta la de las otras. Ello es así en el contexto de la formación del contrato, la conformidad, el derecho al cumplimiento y la excesiva onerosidad, la resolución y los daños y perjuicios.

Los más de 30 años de la Convención representan un buen momento para plantearse el foco del debate; de las inseguridades y angustias de la juventud, a las reflexiones de la madurez. La discusión sobre la acogida de la Convención ha perdido objeto ante el éxito aplastante de ésta. Se trata, pues, de centrarse en cuestiones nuevas, de discutir si el texto uniforme por antonomasia transpira «eficiencia», «equidad», o la sempiterna «flexibilidad»; la cual, si bien a fuerza de ser repetida ha perdido algo de significado, no ha perdido un ápice de importancia, ni de urgencia. De hecho, si bien a día de hoy podemos concluir que las soluciones de la Convención han sido bien acogidas, y el consenso generalizado es que son justas, equitativas y eficientes, su flexibilidad representa el nuevo campo de batalla. La lógica de las transacciones comerciales internacionales no era la misma en 1980 que ahora, y el texto vienés, para erigirse como el paraguas regulatorio mundial de los contratos, debe competir no sólo con las normas internas españolas, japonesas, estadounidenses o indonesias, sino con textos como los Principios de UNIDROIT, o los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que han crecido en su propio patio trasero; todos los cuales tienen una capacidad de renovación y actualización de la que la Convención, como Tratado multilateral, carece en la práctica.

Se trata, pues, de suplir con interpretación lo que falta de reforma legislativa, y sólo dos fuentes son admisibles: la voluntad de las partes, y la propia Convención. La propuesta interpretativa aquí presentada pretende, usando ambos, presentar un marco que, a la vez, sea lógico y coherente en el plano teórico, y responda a los problemas reales en el plano práctico. Probablemente incompleta, probablemente limitada, probablemente mejorable; pero es, seguramente mejor que ignorar que los problemas (y retos interpretativos) existen.